Formeller und materieller Gesetzesbegriff

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg-Lahn

vorgelegt von

Werner Oberläuter

Gerichtsreferendar aus Koblenz

Marburg 1934

Hessischer Verlag Karl Euker, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 17. Januar 1934.

Berichterstatter: o. Prof. Dr. jur. Dr. phil. h. c. Genzmer.

Meinen lieben Eltern

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919. 4. Bearb., 14. Aufl., 1933. (Abkürzung: „Komm.")
— Staatsgewalt und Einzelrecht im Staate der Gegenwart; Verwaltungsarchiv, Bd. V, S. 5ff. („Staatsgewalt".)
— Art. „Gesetz"; in von Stengel-Fleischmanns Wörterb. d. Dtsch. Staats- u. Verw.-R. 2. Bd., S. 212ff., 1913.
— Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz; Diss., Halle („Diss."). 1891.
Arndt: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 1901. („Staatsrecht".)
— Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat. 4. Aufl., 1900. („Arndt, Verf.-Urk.")
— Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches 1884. („Arndt, Vo.d.R.")
— Das selbständige Verordnungsrecht. 1902. („Arndt, Selbst. Vo.")
Bierling: Juristische Prinzipienlehre; Bd. I u. II. 1898. („Bierling".)
Bornhak: „Gesetz" in von Stengels Wörterb. Bd. I. 1890, S. 578ff. („Gesetz".)
— Preußisches Staatsrecht. I. Bd.; 1. Aufl., 1888. („Staatsrecht".)
Bluntschli: Allgemeine Staatslehre. 5. Aufl., 1875. („Allg. Staatslehre".)
— Allgemeines Staatsrecht. 5. Aufl., 1876. („Allg. Staatsrecht".)
Elster: „Rechtsnorm"; Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; Bd. IV., S. 715 bis 719. („Elster".)
Enneccerus-Nipperdey: Lehrb. d. Bürgerlichen Rechts; Bd. I (Einleitung, Allg. T.); 13. Bearb., 1931. („Enneccerus".)
Gaupp-Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. II, 12./13. Auflage, 1929. („Gaupp-Stein-Jonas".)
Gierke, Otto: Kritik Labands: Grünhuts Zeitschrift, Bd. 6, S. 221ff. („Gierke".)
Giese: Deutsches Staatsrecht, 1930. („Giese".)
Haenel: Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne (Studien zum Deutschen Staatsrechte; Bd. II.) 1888. („Haenel".)
Hatschek-Kurtzig: Deutsches und Preußisches Staatsrecht; Bd. II. 2. Aufl., 1930. („Hatschek".)
Heller: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 4, S. 98ff.) 1928. („Heller".)
Heyland: Das Landesgesetz. (Handbuch des Deutschen Staatsrechts. Bd. II, 1932, § 74, S. 189ff.) („Heyland".)
Hold von Ferneck: Die Rechtswidrigkeit. Bd. I, 1903. („H. v. Ferneck".)
Jellinek, Georg: Gesetz und Verordnung. 1887. („Gg. Jellinek".)
Jellinek, Walter: Das einfache Reichsgesetz. (Handbuch des Deutschen Staatsrechts. 1932, Bd. II, § 72, S. 160ff.) („W. Jellinek".)
Jhering: Der Zweck im Recht. Bd. I, 3. Aufl., 1893. („Jhering".)
Kaufmann: „Verwaltung": Art. in von Stengel-Fleischmanns Wörterb. des Dtsch. Staats- und Verwaltungsr. III. Bd., 1914, S. 688. („Kaufmann".)
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 2. Aufl., 1923. („Kelsen".)
Klöppel: Reichszuständigkeit und Verordnungsgewalt. (Preußische Jahrbücher; Bd. 52, S. 173–182.) („Klöppel".)
Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. I, 2. Aufl., 1888. („Laband I".)

— Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. II, 4. Aufl., 1901. („Laband II".)
Lammers: „Gesetz und Gesetzgebung". (Handwörterbuch der Rechtswissenschaft; Bd. II, S. 857ff.) („Lammers".)
Liszt-Schmidt: Lehrb. des Deutschen Strafrechts; Bd. I, 1932. („Liszt-Schmidt".)
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 usw. 18. Aufl., 1929. („Löwe-Rosenberg".)
v. Martitz: Über den konstitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht. (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Bd. 36, S. 207–274.) („v. Martitz".)
Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I, 3. Aufl., 1924. („O. Mayer".)
Merkl, Adolf: Allgemeines Verwalungsrecht. 1927. („Merkl".)
Meyer, Georg: Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats. (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart; Bd. 8, S. 1ff.) („Meyer-Grünhut".)
Meyer-Anschütz: Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes. 6. Aufl., 1905. („Meyer-Anschütz".)
Pagel: Beiträge zur philosophischen Rechtslehre usw. 1914. („Pagel".)
Pernice: Formelle Gesetze im römischen Rechte. (Festgabe für Rudolf v. Gneist.) 1888, S. 99ff. („Pernice".)
Pfizer: Das Recht der Steuerverwilligung nach den Grundsätzen der Württembergischen Verfassung. 1836. („Pfizer".)
Poetzsch-Heffter: Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. 8. 1919. 3. Aufl., 1928. („Poetzsch-Heffter".)
Schmitt: Verfassungslehre. 1928. („Schmitt".)
Seligmann: Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne. (Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag.) 1886. („Seligmann".)
Stier-Somlo: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht. I, 1924. („Stier-Somlo".)
Thoma: Die Funktionen der Staatsgewalt; Grundbegriffe und Grundsätze. (Handbuch des Deutschen Staatsrechts; Bd. II, 1932, § 71, S. 108ff.) („Thoma".)
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878. („Thon".)
Walz: Staatsrecht. 1931. („Walz".)
Wenzel: Juristische Grundprobleme. I. Der Begriff des Gesetzes, 1920. („Wenzel: Grundprobleme".)
— Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Heft 4, S. 136ff., 1928.) („Wenzel: Heft 4".)
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879. („Zitelmann".)
Zorn: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. I. 2. Aufl., 1895. („Zorn: Staatsrecht".)
— Die Deutschen Staatsverträge. (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft; Bd. 36, S. 1–39.) („Zorn: Staatsverträge".)
Reichsgericht: Entscheidungen in Zivilsachen („RG. ZS".) und in Strafsachen („RG. Str.")

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung

§ 1. Allgemeines über das Thema.

Die Erkenntnis vom Inhalt und von der Bedeutung des Gesetzesbegriffs ist in gleicher Weise von theoretischem wie von praktischem Interesse. Da das Gesetz als die wichtigste Ausdrucksform des Staates erscheint, berührt das Nachdenken über die Gesetzesprobleme die Grundlagen der Lehre über den Staat selber. Gelingt eine Klärung des Gesetzesbegriffs, so ist ein bedeutsamer Beitrag zur Erkenntnis vom Wesen des Staates und seiner Funktionen gewonnen.

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Darstellung des Gesetzesbegriffs auf allen Gebieten des Rechtslebens, weil die „Gesetze" unter den übrigen hoheitlichen Willensäußerungen eine Sonderstellung einnehmen. So ist z. B. der Richter nur dem „Gesetz" unterworfen, nicht etwa einer Anweisung seines Vorgesetzten (§ 1 GVG.). Eingriffe in zahlreiche individuelle Grundrechte dürfen nach der Weimarer Verfassung nur auf Grund von „Gesetzen" gemacht werden, nicht etwa nach behördlichem Ermessen (Art. 111 S. 3, 112 I S. 2, 114 I S. 2, 115 S. 2, 117 S. 2 RV. u. a.). Der Beschluß von „Gesetzen" steht nur gewissen Organen zu, nämlich dem Reichstag (Art. 68 II RV.), der Reichsregierung (R.-Ges. vom 24. 3. 1933, RGBl. S. 141) und dem Reichsvolk (Art. 73 RV.), nicht aber etwa dem Reichspräsidenten oder dem Reichsrat. Nur Reichs-„Gesetze" hat der Reichspräsident im Reichsgesetzblatt zu verkünden (Art. 70 RV.), nicht beispielsweise Kommissionsentwürfe oder Geschäftsordnungen. All diese Beispiele weisen darauf hin, daß für eine klare Abgrenzung der Gesetze von den übrigen Staatshoheitsakten ein erhebliches Bedürfnis besteht; dieses tritt besonders dann zutage, wenn die Staatsgewalt nicht in den Händen eines einzigen Organs ruht, wie es in Deutschland und in der Mehrzahl der übrigen Staaten seit der Überwindung der absolutistischen Staatsform der Fall ist. Zur Zeit des Absolutismus, als der Landesherr als einziger Träger der Staatsgewalt alle Staatsfunktionen allein, nur mit Hilfe der von ihm abhängigen Beamten ausübte, war das Problem des Gesetzes freilich von geringer Bedeutung. Eine Absonderung der Gesetze von den übrigen Staatswillensäußerungen war praktisch ohne Interesse und, soweit man eine Begriffsbestimmung dem formellen Verfahren nach hätte vornehmen wollen, wissenschaftlich unmöglich. Mit dem Aufkommen der konstitutionellen Verfassungslehre änderte sich die Sachlage vollständig. Die Verteilung der Staatsaufgaben auf verschiedene, nicht im Über- und Unterordnungsverhältnis stehende höchste Staatsorgane machte eine Abgrenzung ihrer Zuständigkeiten und eine begriffliche Umreißung der verschiedenen Arten von Staatshoheitsakten erforderlich. Daher ist unser Thema in erster Linie als ein Problem des konstitutionellen Staates anzusprechen. Die Beschäftigung mit den Problemen der Gesetzgebung und des Gesetzes sowie mit den an diese Begriffe anknüpfenden Zweifelsfragen stellte für die Wissenschaft eine wichtige und

dankenswerte Aufgabe dar. Zu ihr fühlten sich im ausgehenden 19. Jahrhundert neben vielen anderen Schriftstellern die Altmeister des Staatsrechts: Laband, Georg Meyer, Georg Jellinek und Zorn berufen. Auch in der Nachkriegszeit ist der Gesetzesbegriff nicht selten Gegenstand der Erörterung gewesen. Umgekehrt drängt die neueste staatsrechtliche Epoche, die unter dem Einfluß des Nationalsozialismus eine Vereinigung der rechtsetzenden und vollziehenden Gewalt anstrebt und diese in der Person unseres Führers Adolf Hitler praktisch verwirklicht hat, die hier zu behandelnden Fragen wiederum in den Hintergrund.

Bei der Reichhaltigkeit des Schrifttums und der vielen, z. T. heute noch nicht geklärten Streitfragen muß die Darstellung der Lehrmeinungen und die Stellungnahme zu ihnen den größten Teil des Raumes der Arbeit einnehmen.

Hauptteil

I. Abschnitt: Der Gesetzesbegriff

§ 2. Darstellung der herrschenden Lehre.

Eine Bestimmung des Begriffes: „Gesetz" ist in der Weimarer Reichsverfassung nicht enthalten. Auch die übrige derzeitige Reichsgesetzgebung läßt eine allgemeine Begriffsbestimmung vermissen. Umschreibungen für den Bereich einzelner Gesetze oder Gesetzbücher finden wir zwar mehrfach, so in § 2 EGBGB., § 2 EGKO., § 12 EGZPO., § 7 EGStPO. Aber diese gesetzlichen Definitionen lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß sie nur für den Bereich des betreffenden Gesetzes selber, nicht aber für das gesamte Gebiet der Rechtswissenschaft, Geltung haben[1]). Vielmehr hat es die Gesetzgebung der Wissenschaft überlassen, das Wesen des juristisch-technischen Begriffs: „Gesetz" zu erforschen.

Um Klarheit über den Gesetzesbegriff zu erlangen, kommen zwei Wege in Betracht:

1. Entweder prüft man das Verfahren, durch welches ein „Gesetz" zustande kommt, und die Form, in welcher es in Erscheinung tritt.
2. Oder man untersucht den Inhalt des fertigen „Gesetzes" auf seine typischen Merkmale, ohne Rücksicht auf Form und Herkunft.

Auf diesem Wege, der von der herrschenden Lehre[2]) eingeschlagen wird, ist eine einheitliche Bestimmung des Gesetzesbegriffs nicht möglich und meistens auch nicht versucht worden[3]). Der einheitliche Gesetzes-

---

[1]) Vgl. ihren Wortlaut: „Gesetz im Sinne dieses Gesetzes . . ."

[2]) Anschütz, Komm., S. 358, Gesetz, S. 212; Meyer-Anschütz, S. 549ff.; Gg. Jellinek, S. 226ff.; Laband, II, S. 1ff., 57/58; Hatschek, II, S. 1ff.; Giese, S. 163; Walz, S. 373/374; Thoma, S. 126; Enneccerus, S. 98ff.

[3]) Ausnahme: Hatschek, S. 1.

begriff löst sich in zwei Teilbegriffe auf: Man unterscheidet Gesetze der Form nach (sogenannte „formelle" oder auch „formale[4])") und Gesetze dem Inhalt nach (sogenannte „materielle" oder auch „materiale[5])" Gesetze). Nach der herrschenden Lehre[2]) ist daher „formelles Gesetz" jede von den besonderen Organen der staatlichen Gesetzgebung beschlossene und förmlich verkündete Willensäußerung, gleichgültig, welchen Bedeutungsgehalt sie hat. Formelle Gesetze können also nach der herrschenden Begriffsfassung außer Rechtssätzen, ihrem wichtigsten und bedeutendsten Inhalt, auch Verwaltungsakte, Rechtspflegeakte, unverbindliche Programme und Erklärungen u. ä. enthalten. Als „materielles Gesetz" bezeichnet man jede objektive Rechtsnorm, auch Rechtssatz und Rechtsregel genannt. Unter Rechtssatz ist -- was allerdings bestritten ist[6]) — jede von dem betreffenden Gemeinwesen ausgehende Anordnung allgemein-verbindlicher, nicht für einen bestimmten Einzelfall vorgesehener Vorschriften zu verstehen. Für den Begriff des materiellen Gesetzes ist es ganz unerheblich, aus welcher Rechtsquelle es kommt. Materielles Recht kann nach der herrschenden Lehre[2]) vom Staate, aber auch von anderen öffentlich-rechtlichen Verbänden, z. B. Gemeinden, gesetzt sein; gleichgültig ist ferner für den Begriff des materiellen Gesetzes, von welcher Behörde des betreffenden Gemeinwesens es geschaffen wurde, sofern diese nur zur Setzung allgemein-verbindlicher Vorschriften (sogenannter Rechtssätze oder Rechtsnormen) befugt war.

Beide Gesetzesbegriffe werden von der herrschenden Lehre[2]) gleichmäßig und gleichberechtigt nebeneinander verwendet. Aus der verschiedenartigen Betrachtungsweise, der die beiden Begriffe ihr Dasein verdanken, folgt, daß sie nicht im völligen Gegensatz zueinander, im Verhältnis „a: non a" stehen. Vielmehr ist es möglich und praktisch sehr häufig, daß ein Gesetz den Tatbestand sowohl des „materiellen" als auch des „formellen" Begriffs erfüllt. Andererseits ist zu bemerken, daß keiner der beiden Begriffe den anderen mit umfaßt, ihm etwa übergeordnet wäre. Statt dessen verhalten sich nach der herrschenden Lehre[2]) formeller und materieller Gesetzesbegriff wie zwei einander schneidende Kreise: sie haben gemeinsame Flächenteile, decken sich aber keineswegs völlig. Daher muß es neben rein „formellen" und rein „materiellen" auch solche Gesetze geben, welche zugleich formeller u n d materieller Natur sind.

Diese Folgerung wird durch das positive Verfassungsrecht aller modernen Staaten bestätigt, in welchem die Staatsgewalt durch mehr als ein Organ ausgeübt wird, und in welchem eine besondere gesetzgebende Gewalt besteht. Praktische Bedürfnisse und politische Rücksichten haben nämlich manche Akte der Rechtssetzung den Exekutivorganen, insbesondere den Verwaltungsbehörden, übertragen; andererseits sind die Organe der Gesetzgebung nicht ausschließlich auf die Schaffung objektiver Rechts-

---

[4]) Pernice, S. 101.
[5]) Walz, S. 373/374.
[6]) Vgl. § 6 S. 40ff.

normen beschränkt, sondern greifen auch auf das Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung über. Diese Erscheinung gilt auch für das deutsche Reichsrecht. So sind z. B. im Sinne der herrschenden Lehre[2]) formelle Gesetze die in Art. 45 II, 49 II, 85 II RV. genannten; materielle Gesetze, die von Art. 109 I, 114, 115 RV. bezeichneten. Materielle und formelle Gesetze zugleich sind beispielsweise die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Strafgesetzbuchs.

Daß die beiden rechtlich so verschiedenen Begriffe denselben Namen: „Gesetz“ tragen, ist darauf zurückzuführen, daß im bürgerlichen Rechtsstaat, der auf dem Prinzip der Gewaltenteilung beruht, grundsätzlich jedes „Gesetz“ zugleich ein solches im formellen und materiellen Sinne sein soll[7]). Die mehrfachen und bedeutsamen Durchbrechungen dieses Grundsatzes haben zu den Unklarheiten und Streitfragen über den Gesetzesbegriff erheblich beigetragen.

§ 3. Die Gegner der herrschenden Lehre und ihre kritische Würdigung.

Die Lehre von der doppelten Bedeutung des Gesetzesbegriffs in seinem formellen und materiellen Sinn ist bis in die jüngste Zeit hinein[8]) auf erheblichen Widerspruch gestoßen. Doch sind die Gegner der herrschenden Lehre[2]), was von ihren Anhängern manchmal übersehen wird[9]), untereinander keineswegs einig; vielmehr werden von ihnen ganz verschiedenartige Auffassungen vertreten, so daß es bei der Unübersichtlichkeit des Standes der Streitfragen angezeigt ist, einen allgemeinen Überblick vorauszuschicken.

Manche Staatsrechtslehrer[10]) halten ebenfalls eine Aufspaltung des Gesetzesbegriffes für unumgänglich, wollen aber an Stelle der herrschenden Einteilung in formelle und materielle Gesetze eine andere, ihrer Meinung nach bessere Unterscheidung der Gesetze geben. Andere Schriftsteller[11]), und zwar die Mehrzahl der Gegner der herrschenden Lehre[2]), meinen, die Auflösung des Gesetzesbegriffs in Unterabteilungen sei theoretisch unhaltbar und praktisch überflüssig, und versuchen, eine einheitliche Bestimmung des Gesetzesbegriffs zu bringen.

Von den Anhängern der letzten Auffassung werden zwei verschiedene Wege eingeschlagen: Einige[12]) wollen den Rechtssatzbegriff innerhalb der „materiellen Gesetze[13]) mit dem „formellen[13])“ Gesetzesbegriff in der Weise vereinigen, daß es einen Unterschied von formellen und materiellen Gesetzen gar nicht mehr geben kann. Andere Bestrebungen gehen dahin, lediglich den „formellen“ Gesetzen[13]) den Namen und die Eigenschaft eines „Gesetzes“ zu verleihen.

---

[7]) Vgl. dazu Schmitt, S. 138ff.
[8]) Tagung der Staatsrechtslehrer 1927.
[9]) z. B. von Laband, II, S. 57 Anm. 2 und Anschütz, Diss., S. 10.
[10]) Stier-Somlo, Kelsen und Carl Schmitt.
[11]) Zorn, Haenel, v. Martitz, Heller, Arndt, Bornhak, Klöppel u. a.
[12]) Zorn, Haenel, v. Martitz, Heller.
[13]) „Materiell“ und „formell“ im Sinne der herrschenden Lehre[2]).

Die letztgenannte Auffassung wird von Arndt[14]) und Bornhak[15]) vertreten, welche klar in folgenden Sätzen zum Ausdruck kommt:

> „Gesetz im Sprachgebrauch der Verfassungen und des Staatsrechts ist lediglich ein formeller Begriff. Gesetz ist alles und nur das, was im Gesetzgebungsverfahren zustande kommt[16])."

Den rein formellen Gesetzesbegriff begründet Arndt[14]) mit dem angeblichen Sprachgebrauch des italienischen („legge") und französischen („loi") Staatsrechts. Dagegen ist zu sagen, daß das italienische Staatsrecht auf die deutsche konstitutionelle Verfassungslehre keinen Einfluß ausgeübt hat und daher der diesbezügliche Hinweis ohne Beweiskraft ist. Der französische Sprachgebrauch, auf den sich Arndt beruft, entspricht zum mindesten nicht der geschichtlichen Entwicklung des Begriffs „loi", wie in § 4[17]) gezeigt werden wird. Arndts rein formeller Gesetzesbegriff steht mit dem positiven deutschen Recht in schroffem Widerspruch. Zwar sucht er den Gesetzesbegriff der Bismarckschen Reichsverfassung, welche damals in Geltung war, in seinem Sinne auszulegen. Doch ist dieser Versuch nicht gelungen. So kann Art. 61a RV. (Militärgesetzgebung) gemäß der Interpretation des Kriegsministers Roon auch materielle Gesetze enthalten, was von Arndt[18]) zugegeben worden ist. Auch bezüglich der Art. 2 und 4a RV. ist die Beschränkung auf formelle Gesetze zum mindesten sehr fraglich[19]). Für das Gebiet der Weimarer Reichsverfassung wäre Arndts Gesetzesbegriff vollends unhaltbar. Denn es kann nicht bestritten werden, daß z. B. Art. 109 I, 114 I S. 2, 115 I unter „Gesetz" alle Rechtsnormen meinen, auch soweit sie n i c h t dem Gesetzgebungsverfahren entstammen. Arndt[20]) stützt sich weiter auf die Bezeichnung der Rechtsquellen aus der Zeit des Absolutismus, welcher einerseits „Gesetze", andererseits Reglements, Instruktionen und Regulative kannte. Den Namen „Gesetz" sollen damals, wie Arndt[20]) behauptet, alle und nur die vom König erlassenen und förmlich verkündeten Anordnungen getragen haben; daher hätten schon in der vorkonstitutionellen Zeit die „Gesetze" sich lediglich durch die besonderen Verfahrensformen von den übrigen Staatswillensäußerungen unterschieden. Es muß recht eigenartig erscheinen, daß Arndt diese ziemlich willkürlichen und keineswegs folgerichtig durchgeführten Bezeichnungen der älteren partikularrechtlichen Rechtsquellen als beweiskräftig ansieht, während er die jüngeren und bedeutsamen reichsrechtlichen Bestimmungen, die seine Theorie widerlegen, nicht gebührend berücksichtigt. Seine Behauptung[21]), § 7 EGStPO., § 2 EGBGB. seien eine nicht-korrekte Ausdrucksweise des Gesetzgebers, welche ohne Be-

---

[14]) Staatsrecht, S. 156ff.; VodR. S. 187ff.
[15]) Staatsrecht, S. 486ff.; Gesetz, S. 578ff.
[16]) Arndt, Staatsrecht, S. 157.
[17]) S. 28.
[18]) VodR., S. 192.
[19]) Vgl. Laband, I, S. 612, II, S. 63.
[20]) Staatsrecht, S. 158.
[21]) VodR., S. 193 Anm. 3.

deutung für die Staatsrechtswissenschaft sei[22]), muß zurückgewiesen werden. Denn letzten Endes sind alle Begriffe, die der Gesetzgeber oder die Wissenschaft zur Bezeichnung bestimmter Tatbestände und Erscheinungsformen prägen, „Kunstgriffe sprachlicher Technik" und „abkürzende Umschreibungen[23])". Wenn man aber dem Gesetzeswortlaut maßgeblichen Wert beilegt, so muß man bestimmt die sorgfältig gefaßten Gesetze des ausgehenden 19. Jahrhunderts für zuverlässiger halten, als die Instruktionen usw. des 18. Jahrhunderts, auf die sich Arndt beruft. Arndt[24]) führt gegen die herrschende Lehre[2]) die Tatsache an, daß keiner der Schöpfer der Verfassungsurkunden die Doppelbedeutung des Gesetzesbegriffs entdeckt oder gar erwähnt hätte. Die Meinung der Verfasser, die übrigens für die Auslegung eines Gesetzes nicht von entscheidender Bedeutung ist, ist darauf zurückzuführen, daß in den meisten und wichtigsten Fällen sich die beiden Begriffe decken. Denn nach dem rechtsstaatlichen Prinzip soll, wie schon früher zu sagen war[25]), regelmäßig eine Rechtsnorm in den Formen eines Gesetzes erscheinen.

Die Auffassung Arndts, „Gesetze" könnten nur Akte der Gesetzgebungsorgane sein, ist abzulehnen, weil sie dem positiven Staatsrecht und der geschichtlichen Entwicklung des Gesetzesbegriffs widerspricht.

Bornhak, der, wie Arndt, den Gesetzesbegriff ebenfalls nur in seiner formellen Bedeutung anerkennt, erklärt zutreffend, daß der Begriff nicht aus einer politischen oder philosophischen Theorie, sondern aus dem positiven Rechte entnommen werden müsse[26]). Jedoch stützt er sich in allzu einseitiger Weise auf eine Bestimmung der alten Preußischen Verfassung vom 31. 1. 1850, nämlich auf Art. 62, in welchem vom Zustandekommen eines „Gesetzes" die Rede ist. Selbst wenn Art. 62 sich nur auf formelle Gesetze bezöge, was übrigens sehr zweifelhaft ist[27]), so wäre damit der Nachweis noch nicht geliefert, daß dem früheren preußischen Rechte Gesetze im materiellen Sinne unbekannt gewesen wären. Andere Bestimmungen der Verfassung vom 31. 1. 1850, aus denen mit ziemlicher Sicherheit der materielle Gesetzesbegriff hervorgeht, hat Bornhak verkannt. Dies gilt besonders von Art. 4: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich". „Gesetz" in Art. 4 muß mit „Rechtsnorm" gleichbedeutend sein; anderenfalls wären die Preußen in der Zeit von 1850 bis 1919 nur vor den „Gesetzen" gleich gewesen, die der König und beide Häuser des Landtags gemeinsam beschlossen haben (Art. 62 aPrV.), während eine ungleiche Behandlung durch das Gewohnheitsrecht oder durch Verordnungen möglich gewesen wäre! Bornhak[28]) gibt zu, daß es in Preußen auch schon einen materiellen Gesetzesbegriff gegeben habe. Dieser sei aber von der preußi-

[22]) Auch von Heller, S. 112 vertreten.
[23]) Schmitt, S. 144.
[24]) VodR., S. 187.
[25]) § 2 S. 12.
[26]) Staatsrecht, S. 487.
[27]) Ablehnend Hatschek, S. 5; Stier-Somlo, S. 329.
[28]) Staatsrecht, S. 489.

schen Verfassung von 1850 aufgehoben worden. Diese Behauptung ist keineswegs richtig. Von einer ausdrücklichen Aufhebung kann nicht die Rede sein. Denn eine diesbezügliche Bestimmung wird man vergebens suchen. Wenn aber ein Gesetz einen Tatbestand nicht einer vom bisherigen Rechtszustand abweichenden Regelung unterwirft, so spricht nach allgemeiner Rechtsanschauung die Vermutung dafür, daß das alte Recht weiter gelten soll. Daher ist anzunehmen, daß die Lehre vom Gesetz als zweifacher Begriff auch in die preußische Verfassungsurkunde von 1850 Eingang gefunden hat. Bornhak läßt in seinen Ausführungen Bestimmungen außerhalb der alten preußischen Verfassungsurkunde, welche den Ausspruch „Gesetz" unzweifelhaft im materiellen Sinne gebrauchen (z. B. § 7 EGStPO., § 12 EGZPO. u. a.), völlig unberücksichtigt. Auf diese Unterlassung muß deshalb besonders hingewiesen werden, weil Bornhak die Gültigkeit seines Lehrsatzes:

> „Als juristischer Begriff bleibt n u r das bisher sogenannte formelle Gesetz[29])"

nicht etwa auf das preußische Verfassungsrecht beschränkt, sondern auf das Staatsrecht des Reiches und aller deutschen Gliedstaaten erstreckt. Abschließend ist festzustellen, daß die Gründe, die Bornhak gegen die herrschende Lehre[2]) angeführt hat, ebensowenig überzeugend sind wie diejenigen Arndts.

Während Arndt und Bornhak die Rechtsnormen, die nicht dem Gesetzgebungsverfahren entstammen, als „Nichtgesetze" bezeichneten und aus dem Gesetzesbegriff ausschieden, wollen im Gegensatz zu ihnen andere Anhänger des ungeteilten Gesetzesbegriffs[30]) durch Vereinheitlichung der Begriffe: „Rechtssatz" und „Gesetz" zum Ziele gelangen. Folgende Sätze werden aufgestellt:

> „Um eine Rechtsvorschrift muß es sich begrifflich bei jedem G e s e t z handeln[31])". „Die Anordnung einer Rechtsregel ist in j e d e m Falle das A und O eines Gesetzes[32])." „Die Form des Gesetzes hat den Rechtssatz zu dem ihr n o t w e n d i g e n Inhalt[33])." „Gesetze, die keinen Rechtssatz enthielten, gibt es nicht[34])."

Wir haben oben gesehen[35]), daß die herrschende Lehre[2]) auch formelle Gesetze kennt, welche etwas anderes als einen Rechtssatz enthalten. Die Auffassung, daß in jedem „Gesetz" ein Rechtssatz zu finden ist, hat demnach zur unumgänglichen Voraussetzung, daß ein von der herrschenden Lehre[2]) abweichender Begriff des Rechtssatzes gefunden und begründet wird. Zu einer anderen Bestimmung des Rechtssatzbegriffes, welcher auf

---

[29]) „Gesetz", S. 579.
[30]) v. Martitz, Zorn, Haenel, Heller, Klöppel.
[31]) Zorn, Staatsrecht, S. 106.
[32]) Zorn, Staatsverträge, S. 11 Anm. 3.
[33]) Haenel, S. 354.
[34]) v. Martitz, S. 250.
[35]) § 2 S. 11.

jedes von den Gesetzgebungsorganen erlassene Gesetz paßt, sind die Gegner der herrschenden Lehre[2]) besonders deshalb genötigt, weil sowohl das geltende als auch das frühere Verfassungsrecht Gesetze kennt, die keine Rechtsnormen im herkömmlichen Sinne, sondern Verwaltungsakte[36]) oder Rechtspflegeakte[37]) enthalten.

Eine klare Fassung des Rechtssatzbegriffs hat v. Martitz nicht gefunden. Darin liegt die Hauptschwäche seiner Ausführungen, was sogar von Heller, einem Anhänger der Theorie vom einheitlichen Gesetzesbegriff, zugegeben wird[38]). v. Martitz' Bemerkung: Gesetz sei

> „diejenige Willensäußerung des Staates, welche feststellt, was Rechtens sein soll[39])",

ist so unscharf gehalten, daß schlechthin jeder Hoheitsakt eine solche „Willensäußerung" sein kann. Sind nicht Verordnungen, Verfügungen, programmatische Erklärungen „staatliche Willensäußerungen, welche feststellen, was Rechtens sein soll?" Diese und andere Scheindefinitionen des Rechtssatzbegriffs[40]) sind einer Klärung des Gesetzesbegriffs nicht dienlich. v. Martitz[41]) hält die „Unverbrüchlichkeit" für ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal des Gesetzesbegriffs von anderen Staatswillensäußerungen. Wie Anschütz richtig erkannt hat[42]), ist dieses Kennzeichen höchst unsicher. So sind Rechtssätze, die in Verordnungen enthalten sind, für die Regierung ebensowenig „unverbrüchlich" wie reine Verwaltungsnormen. Die „Unverbrüchlichkeit" als Folge der formellen Gesetzeskraft gilt vielmehr nur für die formellen Gesetze, die nicht der Aufhebung durch die Verwaltung unterliegen, nicht aber für die nur-materiellen Gesetze. Das von v. Martitz hervorgehobene Begriffsmerkmal ist daher keineswegs für die Darstellung eines einheitlichen Gesetzesbegriffs brauchbar. Der Mangel einer grundsätzlichen Klärung des Gesetzesinhalts läßt die Argumente v. Martitz' leicht widerlegen, die er gegen einzelne „formelle" Gesetze[43]) anführt: Bei den sogenannten „Dotationsgesetzen[44])" will er eine Rechtsnorm in dem Beschluß der Legislative, eine Verwaltungshandlung lediglich in der Anweisung der Summen erblicken[45]); trotzdem muß v. Martitz zugeben[46]), daß diese Rechtsnorm „mit einigen wenigen Maßregeln (— richtiger: einer einzigen Maßregel) ihre völlige Erledigung findet". Dabei läßt v. Martitz die entscheidende Frage gänzlich unbeachtet, was — abgesehen von der Form — diese „Rechtsnorm", die nur für einen

---

36) RV. vom 11. 8. 1919: Art. 45 II, 85 II, 87, S. 2; RV. vom 16. 4. 71: Art. 69.
37) RV. vom 11. 8. 1919: Art. 49 II; PrV. vom 31. 1. 1850: Art. 49 III.
38) S. 101.
39) S. 247/248.
40) Vgl. z. B. RGZE. 13, S. 215.
41) S. 248.
42) Diss., S. 18.
43) „Formell": im Sinne der herrschenden Lehre[2]).
44) Beispiel: Preuß. Ges. vom 27. 8. 1933, Ges.-S. S. 311.
45) S. 230/231.
46) S. 231.

konkreten Einzelfall von Bedeutung ist, von einem Verwaltungsakt unterscheide. Denselben Fehler macht v. Martitz bei der Erklärung der Rechtsnatur des Bundesgesetzes vom 31. 5. 1870[47]). (Subventionierung der St. Gotthardbahn). Auch da wird übersehen, daß diese gesetzliche Anordnung inhaltlich sich nicht von typischen Verwaltungsakten unterscheidet. Auf die herrschende Lehre[2]) gerichtete Frage v. Martitz'[48]):

„Gibt es Gesetze ohne Gesetzesinhalt?"

ist mit Bornhak[49]) zu erwidern, daß jedes Gesetz zwar einen Gesetzesinhalt hat, aber es nicht entschieden ist, w e l c h e n Inhalt.

Im Gegensatz zu v. Martitz haben andere Schriftsteller[50]), welche im Ergebnis mit ihm übereinstimmen, erkannt, daß ihre Lehre vom einheitlichen Gesetzesbegriff mit dem Rechtssatzbegriff aufs innigste verbunden ist.

Eine kurze Erörterung darüber, was „Rechtssatz" ist, kann in diesem Zusammenhang nicht vermieden werden, wenn der Gesetzesbegriff geklärt werden soll. Die überwiegend anerkannte Lehre[51]) bezeichnet als Rechtssätze, wie schon früher erwähnt wurde[52]), nur solche Anordnungen, die Rechtsregeln enthalten und nicht als konkrete Vollzugsakte gedacht sind. Aus diesen Einschränkungen ergibt sich, daß nach der herrschenden Auffassung[51]) unter den Rechtssatzbegriff gewisse hoheitliche Willensäußerungen, besonders Einzelverfügungen der Exekutive und unverbindliche Erklärungen (sogenannte „Nicht-Rechtssätze") nicht fallen können. Wenn die Gegenansicht[50]) ihre Auffassung, daß Gesetz und Rechtssatz stets vereinigt seien, aufrecht erhalten will, so muß sie notwendigerweise ihren Rechtssatzbegriff wesentlich über den Rahmen der herrschenden Lehre[51]) ausdehnen. Dies ist auch von der Gegenansicht unternommen worden, wie folgende Zitate beweisen:

> „Die Rechtsordnung ist ein Komplex von Imperativen, welche der Staat an seine Untertanen richtet und mit Zwang schützt[53])." „J e d e r staatliche Befehl bedeutet Rechtssetzung. Gesetz, Verordnung, Verfügung und Urteil stellen lediglich verschiedene rechtsstaatliche Formen der Rechtssetzung dar. Rechtssätze enthalten sie a l l e[54]).

Schon rein gefühlsmäßig möchte man eine so weite Ausdehnung des Rechtssatzbegriffes ablehnen, daß jede hoheitliche Anordnung, gleichgültig, von welchem Organ sie ausgeht, objektives Recht darstellen soll[55]). Denn „die Welt besteht nicht aus lauter Rechtssetzern[56])". Heller findet freilich die

---

[47]) Bundesgesetzblatt, S. 312.

[48]) S. 230.

[49]) Staatsrecht, S. 489 Anm. 8.

[50]) Haenel, Zorn, Heller.

[51]) Meyer-Anschütz, S. 551; O. Mayer, S. 12; Schmitt, S. 142ff.; Walz, S. 373 u. v. a. Anders, außer den in Anmerkung 50 Genannten, auch die „Wiener Schule" (vgl. § 6).

[52]) § 2 S. 11.

[53]) Zorn, Staatsverträge, S. 6.

[54]) Heller, S. 118.

[55]) Zustimmend: Wenzel, Heft 4, S. 155.

[56]) Wenzel, Heft 4, S. 156.

Auffassung, „jedes Kommandowort eines Unteroffiziers müsse als Rechtssetzung erscheinen, durchaus akzeptabel[57])". Dagegen ist zu sagen, daß eine konkrete Einzelhandlung auf Grund einer abstrakten Norm nur eine vom Rechte gebilligte Tätigkeit ist, nicht aber selbst objektives Recht erzeugt[56]). Auch käme es einer Disqualifizierung des Staates gegenüber allen anderen Rechtssubjekten gleich, wenn er sich praktisch nur durch Schaffung von Rechtsnormen, nicht auch in anderer Weise äußern könnte. Denn wenn jeder beliebigen Rechtsperson Handlungen und Äußerungen ohne Rechtssatzcharakter gestattet sind, warum nicht auch dem Staate[58])?

Die Durchführung der bekämpften Lehre führt auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts zu unlösbaren Widersprüchen: Wenn die Vollzugsorgane in gleicher Weise wie die Gesetzgebung objektives Recht schaffen könnten, so wäre die Unterscheidung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege inhaltlich bedeutungslos. Die Einteilung hätte dann allerdings noch formalen Sinn. Aber worin läge der grundsätzliche Unterschied von Verordnung und Verfügung, wenn beide als hoheitliche Imperative ein Stück Rechtsordnung darstellten? Wenn man bedenkt, daß die neuere Gesetzgebung des Verwaltungsrechts sich den Gegensatz von Verordnung und Verfügung zu eigen gemacht hat und daran wichtige Rechtsfolgen knüpft[59]), so erkennt man deutlich, daß der Rechtssatzbegriff Zorns und seiner Anhänger verfehlt ist.

Trotz dieser viel zu weiten Fassung des Rechtssatzbegriffs kann die Gegenansicht[50]) nicht zur völligen Verbindung von Gesetz und Rechtssatz gelangen. Sie hat bestenfalls diejenigen rein „formellen" Gesetze der herrschenden Lehre[2]) unter ihren einheitlichen Gesetzesbegriff zwingen können, welche sich in einer einzigen Maßregel erschöpfen, also besonders Verwaltungs- und Rechtspflegeakte in Gesetzesform (z. B. Art. 85 II und 49 II RV.). Dagegen versagt der Gesetzesbegriff Zorns und Hellers gegenüber den unverbindlichen programmatischen Erklärungen, Präambeln usw., die im Wege der Gesetzgebung erlassen sind. In der Tat stehen die Gegner der herrschenden Lehre[2]) dieser Gruppe formeller Gesetze recht hilflos gegenüber. Manche wollen diesen Ergebnissen des Gesetzgebungsverfahrens die Natur eines „Gesetzes" absprechen, weil es sich um eine „überflüssige Geschwätzigkeit des Gesetzgebers[60])" oder um „gesetzgeberische Monologe[61])" ohne juristischen Inhalt oder um „müßiges Beiwerk[62])" handele. Mit einer solchen Begründung kann man nicht zugunsten einer Theorie einen Akt der gesetzgebenden Gewalt aus dem Wege räumen, der vom Gesetzgeber als „Gesetz" bezeichnet wird, und für den alle verfassungsrechtlichen Vorschriften über Beschluß (Art. 68 II, 73 RV.),

---

[57]) S. 119.

[58]) Vgl. dazu die treffliche Kritik über Zorn bei Anschütz: Diss., S. 15 und Jellinek, S. 234.

[59]) z. B. §§ 24ff., 40ff. PVG. von 1. 6. 31 (Ges.-S. S. 77).

[60]) Heller, S. 113.

[61]) v. Martitz, S. 220.

[62]) Klöppel, S. 180.

Einspruch (Art. 74 RV.), Einbringung (Art. 68 I, 69 RV.) und Verkündung (Art. 70, 71, 72 RV.) gelten[63]).

Haenel, der ebenfalls „Gesetz" und „Rechtssatz" gleichsetzen will, begründet seine Auffassung gleichfalls mit einer von der herrschenden Lehre[51]) abweichenden Umschreibung des Rechtssatzbegriffes. Er sagt:

> „Rechtssätze sind Sätze, welche dazu bestimmt sind, an einem vorausgesetzten Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu begründen oder mit einem gewissen Tatbestand subjektive Rechte und Pflichten zu verknüpfen[64])".

In dieser überaus vorsichtig abgefaßten Begriffsbestimmung hat zwar Haenel die offensichtlich übertriebene Ausdehnung des Rechtssatzbegriffs, wie es bei Zorn der Fall war, vermieden. So scheint Haenel[65]) die Gleichung: „Gesetz-Rechtssatz" nur im Gebiete der „konstitutionellen Gesetze" für richtig zu halten, während Zorn[66]) jeden verfassungsmäßig zustande gekommenen und erklärten staatlichen Willen als objektives Recht bezeichnet. Doch gelingt es auch Haenel nicht, die in Gesetzesform ergangenen unverbindlichen Erklärungen, welche „keine subjektiven Rechte und Pflichten zu begründen bestimmt sind", in seinen Gesetzesbegriff aufzunehmen. Die schroffe Zurückweisung, die die Gesetze, „rechtlich irrelevanten" Inhalts durch Haenel[67]) erfahren, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihr Dasein[68]) den Rechtssatzbegriff und damit auch den Gesetzesbegriff Haenels widerlegt[69]). Recht unklar ist die Stellung Haenels zu den Verwaltungs- und Rechtsprechungsakten in Gesetzesform. Man wird mit Anschütz[70]) in der Annahme nicht fehl gehen, daß Haenel auch solchen Gesetzesinhalt zu den Rechtssätzen zählt. Denn Rechtssätze sind nach Haenel[71]) auch solche Imperative, die ihrem „besonderen Inhalte nach nur bestimmte Beteiligte angehen". Recht nahe rückt Haenel[72]) an den oben abgelehnten Rechtssatzbegriff Zorns[73]) heran, wenn er den Satz für falsch hält,

> „daß individuelle oder spezielle rechtsverbindliche Regelungen Rechtssätze nicht sein könnten".

Der Fehler in den Ausführungen Haenels liegt, wie bei Zorn und Heller, darin, daß, wenn auch in versteckter Form, alle Inperative schlechthin als Rechtssätze behandelt werden.

---

[63]) Zustimmend Dyroff, S. 197/198 und Tartarin-Tarnheyden, S. 183 der Staatsrechtslehrertagung 1927, Heft 4; Gg. Jellinek, S. 232.
[64]) S. 122.
[65]) S. 100.
[66]) Staatsrecht, S. 99.
[67]) S. 161, 172.
[68]) Vgl. die Beispiele in § 5, S. 34/35.
[69]) Zustimmend Anschütz, Diss., S. 42/43.
[70]) Diss., S. 21.
[71]) S. 120.
[72]) S. 139.
[73]) S. 17/18.

Daher müssen die Versuche Zorns, Hellers und Haenels, mit Hilfe eines erweiterten Rechtssatzbegriffs zu einem einheitlichen Gesetzesbegriff zu gelangen, als gescheitert angesehen werden. Gelegentlich hat man versucht, den formellen Gesetzesbegriff der herrschenden Lehre[2]) dadurch zu entkräften, daß man in einigen rein-formellen Gesetzen — z. B. Art. 45 II, 49 II, 85 II RV. — abstrakte Gebote und Verbote, d. h. Rechtssätze im Sinne der herrschenden Lehre[2])[51]), erblicken wollte[74]). Diese Auffassung beruht auf einem Irrtum. Wenn auch z. B. Kriegserklärung und Friedensschluß mittelbar sehr starke Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Gewaltunterworfenen mit sich bringen, so stellen zunächst diese beiden Akte der Gesetzgebung (Art. 45 II RV.) lediglich ein bestimmtes völkerrechtliches Rechtsverhältnis her, eben den Kriegszustand oder den Frieden. Daß sich aus diesen „Gesetzen" Rückwirkungen für die Untertanen ergeben, vermag nicht das Vorhandensein eines Rechtssatzes zu beweisen. Da letzten Endes die Gesamtheit der Staatsangehörigen, d. h. das Staatsvolk, für die völkerrechtlichen Handlungen seiner Regierungsorgane einsteht, so mußte nach der bekämpften Ansicht[74]) sogar jede Unrechtshandlung gegenüber einem auswärtigen Staate ein Rechtssatz sein! Denn auch ein völkerrechtliches Delikt kann Eigentums- und Freiheitsbeschränkungen der Untertanen zur mittelbaren Folge haben. Die von Haenel[75]) und Heller[76]) aufgestellte Behauptung, das Staatshaushaltsgesetz (Art. 85 II RV.) enthalte „Rechtssätze" auch nach der Begriffsfassung der herrschenden Lehre[51]), ist irrig. Denn dieses Gesetz ist „ein an die Minister gerichteter Dienstbefehl[77])", die Finanzen des Staates nach dem angenommenen Plane zu verwalten. Der Reichshaushaltsplan, der im wesentlichen Schätzungen über die Einnahmen und Ausgaben des kommenden Jahres enthält, ist also von rechtlicher Tragweite nur im Verhältnis der Reichsorgane untereinander, besonders zwischen Reichstag und Reichsregierung[78]). Rechtssätze enthält das Staatshaushaltsgesetz nicht. Daß den Haushaltsgesetzen der Rechtssatzcharakter fehlt, läßt auch die Vorschrift des § 24 der Reichshaushaltsordnung erkennen, daß Ansprüche oder Verbindlichkeiten dritter Personen durch das Haushaltsgesetz weder begründet noch aufgehoben werden. Die Richtigkeit unserer Auffassung kann nicht durch den Einwand Klöppels[79]) angezweifelt werden, daß durch das Staatshaushaltsgesetz „die Verwaltung als Ganzes rechtlich gebunden" werde. Denn auch Nicht-Rechtsätze, wie z. B. gerichtliche Urteile und richterliche Verfügungen, binden die Betroffenen[80]). Zu der irrigen Ansicht über die Rechtsnatur des Haushaltsgesetzes kommt Klöppel gleichfalls durch die allzuweite Fassung des Rechtssatzbegriffes, welcher „eine

[74]) So: Heller, S. 126.
[75]) S. 314.
[76]) S. 126ff.
[77]) W. Jellinek, S. 189 im Heft 4 der Veröffentlichungn der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 1927.
[78]) Vgl. Anschütz-Komm. Art. 85, Z. 5.
[79]) S. 180; ähnlich Heller, S. 128 u. Haenel, S. 314.
[80]) Vgl. z. B. §§ 274, Z. 4, 325ff. ZPO.

das Verhalten der Person bindende Schranke oder Anweisung[79])" darstellen soll. Der Mangel dieser Begriffsbestimmung liegt, wie mehrfach schon bei anderen Schriftstellern festzustellen war[81]), in der unzulässigen Vermischung von abstrakter Norm und konkretem Vollzugsakt.

Wir können daher als Ergebnis feststellen, daß ein einheitlicher Gesetzesbegriff durch Feststellung eines Rechtssatzbegriffes, der auf alle „Gesetze" des positiven Staatsrechts paßt, nicht geschaffen werden kann.

Schließlich ist von den Schriftstellern, die einen zweifachen Gesetzesbegriff verwerfen, E. Kaufmann zu nennen. Er bezeichnet im Anschluß an Bierling[82]) als „Gesetze" nur die

„obersten Rechtsnormen, denen gegenüber die unteren bloß als Rechtsgeschäfte (im weitesten Sinne), die auf „gesetzlicher" Ermächtigung ruhen, erscheinen".

Gegenüber der herrschenden Begriffsbildung[2]) schränkt Kaufmann in doppelter Weise seinen Gesetzesbegriff ein: Einmal bezeichnet er nicht als „Gesetze", sondern als „Rechtsgeschäfte", die sogenannten „subordinierten" Rechtsnormen[83]), d. h. diejenigen Normen, welche regelmäßig von den nachgeordneten Behörden geschaffen werden; es kommen daher die rein-materiellen Gesetze im Sinne der herrschenden Lehre[2]) außer Betracht, so daß insoweit Kaufmann mit der oben behandelten Auffassung[84]) Arndts und Bornhaks im großen und ganzen übereinstimmt. Weiterhin fallen unter den Gesetzesbegriff Kaufmanns nicht diejenigen rein-formellen Gesetze der herrschenden Lehre[2]), welche einen rechtlich irrelevanten Inhalt haben, da nach solchen Gesetzen sich nicht „die Adressaten zu richten haben[85]). Soweit die Ausschaltung der „Gesetze" ohne normativen Inhalt in Frage steht, berührt sich die Auffassung Kaufmanns mit derjenigen Hellers und Haenels. Die ungenügende Berücksichtigung der rein-formellen Gesetze irrelevanten Inhalts, die bei den letztgenannten Schriftstellern aufgefallen war[86]), muß auch zu den Ausführungen Kaufmanns bemerkt werden. Während Bierling[83]) ausdrücklich betont, daß sein System — besonders sein „Rechtsgeschäftsbegriff" — mit dem gegenwärtig in Wissenschaft und Praxis gebräuchlichen nicht in Einklang zu bringen ist, scheint Kaufmann seiner Begriffsbildung schon für das geltende Staatsrecht volle Bedeutung beilegen zu wollen. Einen materiellen Gesetzesbegriff könne es nicht geben, meint Kaufmann[85]), weil die Gesetzgebung zur Normensetzung jeglicher Art grundsätzlich befähigt sei, und eine Beschränkung dieser Befugnis nicht dem Inhalte der Gesetze nach, sondern nur durch das positive Staatsrecht möglich sei. Gegen den Gesetzesbegriff Kaufmanns erhebt sich zunächst der Einwand, der gegenüber allen Anhängern eines einheit-

---

[81]) S. 16, 18 und 19.
[82]) Bd. II, S. 117ff.
[83]) Bierling, II, S. 118.
[84]) S. 13 bis 15.
[85]) Kaufmann, S. 696.
[86]) S. 18 und 19.

lichen Gesetzesbegriffs geltend zu machen ist: Kaufmanns Definition wird den mannigfachen Tatbeständen, denen das positive Staatsrecht den Namen „Gesetz“ beilegt, nicht gerecht. Es ist an die zahlreichen Fälle zu denken, in denen der Gesetzgeber auch die „untersten“ Rechtsnormen als „Gesetze“ bezeichnet[87]). Angesichts dieser Beispiele ist es wohl erklärlich, aber dennoch nicht zu billigen, daß Kaufmann in seinen Ausführungen es vermeidet, seine Theorie darauf zu prüfen, ob sie mit dem geltenden Recht in Einklang steht. Ferner entspricht Kaufmanns Begriffsbestimmung nicht der Bedeutung, die dem Gesetzesbegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung beigelegt wurde. Denn die Organe der Gesetzgebung sollten nach der Idee des bürgerlichen Rechtsstaats möglichst alle, nicht nur die „obersten“ Rechtsnormen setzen, „nach denen sich das gesamte Leben des Staates und das gesamte Leben im Staate richten soll[88])“. Und dem Prinzip der Teilung der Staatsgewalten lag es recht fern, der Gesetzgebung die Schaffung von Individualgesetzen zu gestatten; vielmehr sollte deren Aufgabe ursprünglich nur in der Setzung abstrakter, allgemein-verbindlicher Normen bestehen[89]). Die durch die politische Entwickelung verursachte teilweise Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes hat die Bestimmung eines materiellen Gesetzesbegriffs erschwert, sie aber nicht, wie Kaufmann meint[88]), unmöglich gemacht. Unmöglich geworden ist vielmehr die Begründung eines einheitlichen Gesetzesbegriffs infolge des vielfältigen Übereinandergreifens der einzelnen Staatsfunktionen und des Wechsels der Zuständigkeiten der höchsten Staatsorgane. Unter dem Einfluß der Wandlung des positiven Staatsrechts mußte auch der Gesetzesbegriff eine mehrfache Bedeutung erlangen, die nur in einer mehrfachen Begriffsbestimmung zum Ausdruck gelangen kann. Mag auch nach streng logischer Betrachtungsweise ein doppeldeutiger Gesetzesbegriff weniger empfehlenswert sein, so ist er auf Grund des heute und früher geltenden Verfassungsrechts nicht zu entbehren[90]).

Die Unmöglichkeit des Versuchs, alle Erscheinungsformen staatsrechtlicher Gesetze in einem einheitlichen Gesetzesbegriff zusammenzufassen, wird auch von einigen Schriftstellern anerkannt, die die Einteilung der Gesetze in materielle und formelle nicht billigen[91]). Sie glauben durch eine andere Unterteilung des Gesetzesbegriffs das Problem lösen zu können.

Carl Schmitt[92]) kennt zwei voneinander verschiedene Gesetzesbegriffe: den „rechtsstaatlichen“ und den „politischen“. Dem „formellen“ Gesetzesbegriff der herrschenden Lehre[2]) will Schmitt lediglich einen eingeschränkten juristisch-technischen Wert beilegen, im übrigen hält er ihn für überflüssig. Dagegen sollen sein „rechtsstaatlicher“ und „politischer“ Gesetzesbegriff „in gleicher Weise Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung

[87]) Art. 109 I RV., § 550 ZPO., § 337 StPO., § 2 EGBGB. u. a.
[88]) Kaufmann, S. 696.
[89]) Vgl. dazu: Schmitt, S. 142.
[90]) Zustimmend: Thoma, Festgabe für O. Mayer, S. 176.
[91]) So: C. Schmitt, Kelsen, Stier-Somlo.
[92]) S. 138–150.

sein[93])". Sachlich entfernt sich Schmitt nicht ganz so weit von der herrschenden Auffassung[2]), als es nach den von ihm geprägten Fachausdrücken den Anschein hat. Alle Gesetze im „rechtsstaatlichen" Sinne sollen „generelle Normen" enthalten, d. h.: Anordnungen, die sich nicht in der Regelung einzelner Vorkommnisse erschöpfen, sondern allgemein für eine unbestimmte Zahl von Fällen Geltungskraft haben, sobald sie den Tatbestand der Norm erfüllen. Schmitt kann sich dabei zutreffend auf die konstitutionelle Staatslehre berufen, die — wenigstens theoretisch — die einzige Aufgabe der Gesetzgebungsorgane in der Schaffung von Rechtssätzen erblickte. Diese auf der geschichtlichen Entwicklung des Gesetzesbegriffs gegründete Erkenntnis Schmitts kommt meines Erachtens aber auch in der herrschenden Einteilung des Gesetzesbegriffs[2]) gebührend zum Ausdruck. Die „rechtsstaatlichen" Gesetze Schmitts decken sich vollständig mit den Gesetzen im „formellen und materiellen" Sinne[94]) die auch von der herrschenden Lehre[2]) als die wichtigste Gruppe der Gesetze angesehen werden. Den „rechtsstaatlichen" Gesetzen stellt Schmitt[92]) die „politischen" Gesetze gegenüber; unter diesen versteht er die

> „aus der politischen Existenzform des Staates und der konkreten Gestaltungsweise der Herrschaftsorganisation sich ergebenden[93])"

Gesetze. Praktisch fallen daher unter den „politischen" Gesetzesbegriff Schmitts alle „Gesetze", die entweder keine Rechtssätze enthalten oder nicht im Wege der Gesetzgebung entstanden sind. Tatsächlich ist also der Begriff des Gesetzes im „politischen" Sinn ein negativer: Er ist ein Sammelname für alle hoheitlichen Willensäußerungen, die den Namen „Gesetz" tragen, aber nicht alle Voraussetzungen erfüllen, die die Lehre von der Gewaltenteilung für die „Gesetze" aufstellte. Die Einteilung der Gesetze nach dem System Schmitts hat zugegebenermaßen gegenüber der herrschenden Lehre[2]) den logischen Vorzug, daß seine Begriffe keinen gemeinsamen Berührungspunkt haben; denn ein Gesetz im „rechtsstaatlichen Sinne" kann niemals zugleich ein solches im „politischen Sinne" sein. Dagegen erfüllen, wie wir sahen[95]), sehr viele Gesetze nach der herrschenden Begriffsfassung[2]) sowohl den Begriff des „formellen" als auch des „materiellen" Gesetzes. Trotzdem ist meines Erachtens Schmitts Auffassung abzulehnen. Denn in Wahrheit hat er nur die Gesetze im „rechtsstaatlichen" Sinne definiert; dagegen ist der Begriff des „politischen" Gesetzes ganz unbestimmt; fest steht nur, daß es sich niemals um „rechtsstaatliche" handelt. Im übrigen vermag er nur auf das positive Verfassungsrecht zu verweisen, das Beispiele für seine „politischen" Gesetze enthält. Schmitt unterläßt es sogar, die einzelnen Gruppen von Gesetzen aufzuzählen, die nicht „rechtsstaatliche", sondern „politische" sind. Als einzige Gruppe nennt er die „Individualgesetze", d. h. die Vollzugsakte (Regierungs-, Verwaltungs- und Justizakte) in Gesetzesform. Dagegen

---

[93]) S. 146.
[94]) Nach dem Sprachgebrauch der herrschenden Lehre[2]).
[95]) § 2 S. 11.

erklärt sich Schmitt nicht darüber, wie er andere Erscheinungsformen des Gesetzes, wie sie uns das positive Recht bietet, in sein System unterbringen will, z. B. die nur-materiellen Gesetze der herrschenden Lehre[2]). Wahrscheinlich wird er sie auch als „politische" Gesetze bezeichnen, weil sie nicht vom Gesetzgeber geschaffen sind. Übrigens ist die Bezeichnung „politisches Gesetz" für die Gesetze ohne rechtsverbindlichen Inhalt wenig glücklich: Denn sie haben oft keine politische Bedeutung und ergeben sich auch meist nicht „aus der politischen Existenzform des Staates[93])!" Wir sehen also, daß unter „politischem Gesetzesbegriff" ganz Verschiedenartiges zusammengefaßt ist, so daß von einer Klärung des Gesetzesbegriffes durch die von Schmitt vertretene Einteilung nicht gesprochen werden kann. Schmitt wird durch seine Begriffsbildung zu einem bemerkenswerten positiv-rechtlichen Irrtum veranlaßt. Er meint, grundsätzlich könne der Gesetzgeber nur generelle Normen (also „rechtsstaatliche Gesetze"), nicht Gesetze für den Einzelfall („politische Gesetze") schaffen. Für letztere sei er nur zuständig, wenn es die Verfassung ausdrücklich gestatte. Wie schon Laband[96]) und Meyer-Anschütz[97]) richtig erkannten, gibt es jedoch für den Gesetzgeber grundsätzlich keine rechtlichen Schranken. So kann er nach Belieben wirksam Gesetze schaffen, die Nicht-Rechtsnormen enthalten, soweit die Verfassung kein diesbezügliches Verbot enthält. Wenn die Bestimmungen über verfassungsändernde oder verfassungsdurchbrechende Gesetze beachtet werden, kann der Gesetzgeber selbst gegen den Wortlaut der Verfassung ein „Individualgesetz" erlassen. Schmitts Auffassung[98]) würde zu dem unmöglichen Ergebnis führen, daß beispielsweise das Gesetz über die Steuerbefreiung des Reichspräsidenten vom 27. 8. 1933[99]) überhaupt kein Gesetz oder mindestens ein unzulässiges Gesetz wäre. Denn dieses Gesetz enthält keine generelle Norm und ist auch in der Verfassung nicht vorgesehen[100]). Wenn Schmitt meint, der formelle Gesetzesbegriff der herrschenden Lehre[2]) beruhe auf einer „logisch falschen Umkehrung", so ist ihm zu erwidern, daß die Begriffsbestimmung nicht allein durch logische Überlegung zu finden ist, sondern daß in hohem Maße auch die geschichtlichen Begebenheiten zu berücksichtigen sind. Schmitts Gesetzesbegriff im „rechtsstaatlichen" und „politischen" Sinne ist keineswegs als Fortschritt gegenüber der herrschenden Lehre[2]) anzuerkennen; sie erklärt den Gesetzesbegriff nicht ausreichend, sondern verleitet im Gegenteil noch zu Fehlschlüssen.

Ähnlich wie Carl Schmitt verwirft auch die „Wiener" staatsrechtliche Schule[101]) nicht gänzlich die von der herrschenden Theorie[2]) anerkannte und durchgeführte Aufspaltung des Gesetzesbegriffs in materielle und formelle Gesetze, sondern legt ihr eine abweichende Bedeutung bei. Von dem Grundsatz ausgehend, daß stets

„das Gesetz die notwendige Form des Rechtssatzes ist",

[96]) II, S. 57.
[97]) S. 555.
[98]) Gegen ihn: Thoma, S. 147/148.
[99]) RGBl., S. 595.
[100]) Vgl. § 5, S. 34/35.
[101]) Kelsen, S. 540ff.; Merkl, S. 100.

beschränkt Kelsen[101]) die Bedeutung des formellen Gesetzesbegriffs auf die „Gesetzesform" als solche. Mit Kelsen stimmt Merkl[101]) sachlich überein, indem er meint, daß

> „ein rechtlich relevanter Inhalt des rein formellen Gesetzes begrifflich ausgeschlossen sei".

Dadurch, daß Merkl und Kelsen dem formellen Gesetzesbegriff jedes inhaltliche Element absprechen und ihn nicht als eine Art der staatlichen Willensäußerung gelten lassen wollen, stellen sie sich in Gegensatz zur herrschenden Lehre[2]). Zu dieser Gestaltung des formellen Gesetzesbegriffs kommen Kelsen und Merkl durch die Annahme, daß staatliche Erlasse ohne Gesetzesform niemals Rechtssätze enthalten könnten. Ohne auf den eigentümlichen Rechtssatzbegriff Kelsens[102]) an dieser Stelle eingehen zu müssen, kann gesagt werden, daß nach geltendem Recht im allgemeinen förmliche Gesetze denselben materiellen Bedeutungsgehalt haben können, wie Verordnungen der Verwaltungsbehörden, autonome Satzungen und die übrigen Rechtsquellen. Beispielsweise können sowohl formelle Gesetze als auch Rechtsverordnungen für die Untertanen alle denkbaren Verpflichtungen bestimmen, d. h. „Rechtssätze" im Sinne Kelsens[103]) enthalten. Sie können aber auch die Anordnung von organisatorischen Bestimmungen, d. h. von Nicht-Rechtssätzen im Sinne Kelsens[104]) und der herrschenden Lehre[2])[51]), betreffen. Ob die Staatsgewalt ihre Willensäußerungen in die Form des Gesetzes oder der Verordnung kleidet, ist oft die Frage von praktisch-zweckmäßigen, nicht grundsätzlichen Erwägungen. Jedenfalls ist die Auffassung Kelsens[105]), daß es Rechtssätze in Form von Verordnungen nicht gäbe, auf Grund des positiven Rechts nicht haltbar. Da Gesetz und Verordnung in ihrem materiellen Gehalte nicht grundsätzlich verschieden sind, ist Kelsens Satz[105]) widerlegt, daß

> „jedes Gesetz im materiellen Sinne zugleich ein Gesetz im formellen Sinne sein muß, nicht aber umgekehrt".

Da Rechtssätze, wie man ihren Begriff auch fassen mag, außerhalb der Gesetzesform auftreten können, ist Kelsens Versuch mißlungen, alle materiellen Gesetze in den umfassenderen formellen Gesetzesbegriff einzureihen. Vielmehr erweist sich die Aufstellung zweier in Inhalt und Form nicht übereinstimmender Gesetzesbegriffe als unumgänglich, um alle Erscheinungsformen des positiven Staatsrechts zu erfassen. Da man alle Anwendungsfälle des „Gesetzes" weder mit einer nur-formellen, noch mit einer nur-materiellen Begriffsbestimmung erschöpfen kann, ist die herrschende Lehre[2]) zu billigen, wenn sie mit ihrem formellen Gesetzesbegriff nicht allein die Gesetzesform umschreibt, sondern auch auf seinen möglichen materiellen Gehalt hinweist. Kelsen[106]) versucht innerhalb der herrschen-

---

[102]) S. 189ff.; vgl. darüber § 6, S. 43.
[103]) S. 206ff.
[104]) S. 540.
[105]) S. 541.
[106]) S. 543/544.

den Lehre[2])[51]) folgenden Widerspruch aufzuzeigen: Wenn als Inhalt eines formellen Gesetzes jede hoheitliche Willensäußerung gelte[107]), so bestehe kein Gegensatz mehr zum materiellen Gesetze; denn die Bezeichnung: „Willens-Äußerung" bedeute dasselbe wie „Befehl" und „Befehl" dasselbe wie „Rechtssatz" und „materielles Gesetz"; daher fielen die beiden Begriffe: „Gesetz im formellen" und „Gesetz im materiellen Sinne" unterschiedslos zusammen. Diese Beweisführung beruht auf einem Mißverständnis des Ausdrucks: „Willensäußerung". Anschütz[107]) und die übrigen Schriftsteller der herrschenden Lehre[2]) verstehen unter „Willensäußerung", wie der Zusammenhang unzweifelhaft erkennen läßt, jeden Aussagesatz des Gesetzgebers, schlechthin jede „Äußerung", nicht nur Bestimmungen mit Befehlscharakter. Eine überzeugende Widerlegung der herrschenden Auffassung[2]) ist Kelsen und Merkl nicht gelungen.

Schließlich ist noch die Begriffsbildung Stier-Somlos zu erwähnen, welche sachlich der herrschenden Lehre[2]) sehr nahe kommt. Stier-Somlo teilt die Gesetze in drei Gruppen ein[108]):

1. „Formelle Gesetze": dies sind von den zur Gesetzgebung berufenen Organen im Gesetzgebungsverfahren geschaffene Willensäußerungen, welche keine Rechtssätze darstellen; es handelt sich also um die nur-formellen Gesetze im Sinne des üblichen Sprachgebrauchs[2]).
2. „Materielle Gesetze im weiteren Sinne": damit werden Rechtssätze bezeichnet, welche der Form des Gesetzgebungsverfahrens entbehren und von der herrschenden Lehre[2]) als nur-materielle Gesetze bezeichnet werden.
3. „Materielle Gesetze im engeren Sinn": es sind Rechtssätze, die von der Gesetzgebung geschaffen werden. Sie sind die Gesetze im „formellen" und „materiellen" Sinne nach der herrschenden Ausdrucksweise[2]).

Die besondere Auffassung Stier-Somlos äußert sich in der zu 3. genannten Gruppe von Gesetzen. Er bezeichnet es als „logisch widerspruchsvoll[108])", daß die herrschende Lehre[2]) Gesetze anerkenne, die zugleich formeller und materieller Natur seien. Wenn sich zwei Begriffe durch Besonderheiten unterschieden, so könnten, wie Stier-Somlo[108]) glaubt, sie nicht in einem Tatbestand zusammentreffen. Diese Begründung zeugt von einem Mißverständnis der herrschenden Lehre[2]). Es ist schon früher ausgeführt worden[109]), daß die begriffliche Scheidung nicht von einem Ausgangspunkt vorgenommen wird, sondern zwei verschiedenen Betrachtungsweisen entspringt; nämlich einmal ist der typische Inhalt des Gesetzes für den Begriff entscheidend, ein andermal die Art und Weise seines Zustandekommens. Darum kann es weder eine gegenseitige vollständige Ausschließlichkeit von formellen und materiellen Gesetzesbegriff, noch ein jeweiliges Zusammentreffen geben. Stier-Somlo[108]) begründet weiter die Ablehnung

[107]) Anschütz, Diss., S. 9.
[108]) S. 325/326.
[109]) § 2, S. 11.

der herrschenden Lehre[2]), soweit sie formelle und materielle Gesetze zugleich anerkennt, damit, daß doch auch das nur-materielle Gesetz in irgendeiner erkenntlichen „Form" in Erscheinung treten müsse; darum sei das „formell-materielle" Gesetz in Wirklichkeit gar kein auch-formelles, sondern nur ein materielles Gesetz, und zwar „im engeren Sinne". Dieser Grund ist nicht stichhaltig. Allerdings ist es unbestreitbar, daß rechtserhebliche Willensäußerungen öffentlich- wie privatrechtlicher Natur in wahrnehmbarer Art und Weise abgegeben werden müssen. Aber deshalb bezeichnet man sie nach allgemein üblichem Sprachgebrauch nicht als „form-"bedürftig; unter einem „Form-"Erfordernis versteht man in der Rechtswissenschaft nur den Zwang zu einer qualifizierten Ausdrucksweise. (Vgl. z. B. §§ 126ff. BGB.) Daher hat eine „Form" im juristischen Sinne nur das unter besonderen Voraussetzungen, nämlich im Gesetzgebungsverfahren, zustande gekommene Gesetz, nicht aber, wie Stier-Somlo meint[108]), jeder Rechtssatz. Stier-Somlos Einteilung ist daher schon aus rein begrifflichen Erwägungen weniger gut zu heißen als die herrschende Auffassung. Ferner ist aus logischen Gründen eine Zweiteilung meistens einer Dreiteilung vorzuziehen.

§ 4. Stellungnahme zur herrschenden Lehre und Begründung.

Im § 3 wurde gezeigt, daß die zahlreichen Angriffe der Gegner der herrschenden Lehre[2]) gegen die Zerlegung des Gesetzesbegriffs in formelle und materielle Gesetze nicht stichhaltig und ihre eigenen Systeme nicht beifallswert sind. Daher möchte ich grundsätzlich die Auffassung der herrschenden Lehre[2]) billigen.

Für deren Auffassung spricht in entscheidendem Maße die geschichtliche Entwicklung. Denn die Aufstellung des formellen und materiellen Gesetzesbegriffs ist nicht etwa eine wissenschaftliche Entdeckung der neuesten Zeit, sondern schon von altersher bekannt.

Die Römer der republikanischen Epoche verstanden, wie Pernice[110]) nachgewiesen hat, unter „Gesetzen" („leges") teils nur die von der gesetzgebenden Gewalt festgestellten allgemeinen Rechtssätze, teils aber auch sämtliche Beschlüsse der gesetzgebenden Organe einschließlich materieller Verwaltungsakte. Ähnlich wie im geltenden Recht ist die mehrfache Bedeutung des römischen Gesetzesbegriffs auf die im Laufe der Geschichte wechselnde Zuständigkeitsabgrenzung unter den höchsten Staatsorganen zurückzuführen.

Auch dem mittelalterlichen und neuzeitlichen deutschen Ständestaat kann der Unterschied von materiellen und formellen Gesetzen nicht fremd gewesen sein. So hat im Jahre 1836 Pfizer[111]) gezeigt, daß die damalige württembergische Verfassung den Ausdruck „Gesetz" sowohl im formellen als auch im materiellen Sinne gebrauchte. „Gesetz" könne, so meinte Pfizer mit Recht[111]), einmal ein allgemeiner Rechtssatz, andererseits aber

[110]) S. 104/105.
[111]) S. 17 bis 22.

auch eine besondere Art staatlicher Willensäußerung sein, nämlich eine solche, die mit Zustimmung der Stände erlassen wird.

Im Zeitalter des Absolutismus freilich mußte der Unterschied von formellen und materiellen Gesetzen gegenstandslos sein. Denn da sich alle Staatsgewalt in der Hand des Monarchen vereinigte, konnte er allein objektives Recht setzen. Ein besonderes förmliches Gesetzgebungsverfahren gab es nicht. Infolgedessen verwischte sich der Unterschied der formellen Gesetze und der anderen Rechtsquellen, insbesondere der Verordnungen. Wenn man also einen besonderen Gesetzesbegriff aufstellte, so konnte es nur ein materieller sein[112]).

Dagegen kam mit der Entstehung des konstitutionellen Staatsgedankens auch der Unterschied von formellem und materiellem Gesetzesbegriff auf. Besonders eindringlich und beweiskräftig ist die Verfassungsgeschichte der französischen Revolution von 1789[113]). Die französische Nationalversammlung nahm am 17. August 1789 einen, nach dem Vorbild Rousseaus formulierten, Antrag Talleyrands an, welcher das „Gesetz" („loi") als eine allgemeinverbindliche Rechtsregel bezeichnete, d. h. im materiellen Sinne definiert[114]). Kurze Zeit darauf (12. Oktober 1789) faßte die Versammlung auf Antrag Robespierres einen neuen Beschluß, daß alle ihre Dekrete, soweit sie vom König sanktioniert werden, den Namen: „Gesetz" tragen sollen; diesmal siegte also der formelle Gesetzesbegriff[115]). Dieser kam allein in der späteren Verfassung von 1791[116]) zum sichtbaren Ausdruck. Aber neben ihm erhielt sich auch der materielle Gesetzesbegriff in der französischen Verfassungslehre, die auf das Staatsrecht der Länder einwirkte, die die konstitutionelle Verfassungstheorie aufgriffen und verwirklichten.

Auch in der Entwicklung des englischen Staatsrechts finden sich Spuren von der Doppelbedeutung des „Gesetzesbegriffs" („law"), allerdings nicht so klar und scharf wie in der Staatsrechtsgeschichte Frankreichs[117]).

Die geschichtliche Entwicklung stellt zugunsten der herrschenden Lehre[2]) ein so starkes Argument dar, daß sie allein fast zu ihrer Begründung ausreicht[118]). Darüber hinaus deckt sich die Auffassung der herrschenden Lehre[2]) vollständig mit der Verwendung des Gesetzesbegriffs im geltenden Recht, wie schon an Beispielen aus der Reichsverfassung vom 11. 8. 1919 in § 2[119]) gezeigt wurde. Auch in anderen deutschen Ver-

---

[112]) Zustimmend: Gg. Jellinek, S. 106/107; Anschütz, Gesetz, S. 215; Haenel, S. 141. Vgl. auch § 1, S. 9.

[113]) Darüber eingehend Gg. Jellinek, S. 73–84.

[114]) „La loi est l'expression de la volonté générale; elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse."

[115]) „Les décrets de l'Assemblée nationale sanctionés par le Roi porteront le nom et l'intitulé de lois."

[116]) Titre 3, ch. 3, sect. 3, art. 6.

[117]) Vgl. dazu: Gg. Jellinek, S. 3–20.

[118]) So zutreffend Gg. Jellinek, S. 230 Anm. 10a.

[119]) § 2 S. 12.

fassungsurkunden ist der Gesetzesbegriff in seinem zweifachen Sinne anzutreffen. So bezeichnen mit dem Namen „Gesetz“ in der Preußischen Verfassung vom 30. 11. 1920 die Art. 54 III (Amnestie und Abolition), 63 II S. 2 (Staatshaushalt) und 65 S. 2 (Kreditaufnahme) formelle Gesetze, die Art. 79 I (Beamtenrecht) und 70 (Selbstverwaltung) materielle Gesetze. Es darf weiterhin nicht übersehen werden, daß die mehrfache Bedeutung des Gesetzesbegriffs im Sinne der herrschenden Lehre[2]) einen tiefverwurzelten volkstümlichen Sprachgebrauch wiedergibt. Und es ist stets empfehlenswert, die Sprache des Rechts mit der des Lebens in Einklang zu bringen.

Dennoch wird man den Vertretern abweichender Ansichten[120]) in dem Punkte Recht geben müssen, daß die Terminologie der herrschenden Lehre[2]) nicht sehr glücklich ist und leicht zur Verwirrung Anlaß gibt. Dies gilt besonders für den Fall, wenn ein Gesetz die Merkmale sowohl des formellen als auch materiellen Begriffs in sich trägt, worauf auch schon innerhalb der herrschenden Meinung[2]) hingewiesen worden ist[121]). Dieser Mangel kann durch eine geringfügige Änderung der bezeichnenden Begriffe behoben werden: Die streng formellen Gesetze, die also inhaltlich Akte der Verwaltung und Rechtspflege oder ohne rechtsverbindlichen Charakter sind, möchte ich als „nur-formelle“ Gesetze bezeichnen. Die materiellen Gesetze, soweit sie außerhalb des gesetzgeberischen Verfahrens geschaffene Rechtssätze umfassen, wird man zweckmäßig „nur-materielle“ nennen. Andererseits möchte ich die materiellen Gesetze (Rechtsnormen), die zugleich den Tatbestand der Gesetze im formellen Sinn erfüllen, im Anschluß an Giese[122]) „formell-materielle“ nennen. Will man mit Rücksicht auf die gemeinsame Form die nur-formellen und formell-materiellen Gesetze zusammenfassen, so mag man sie schlechthin „formelle“ nennen. Dagegen ist der gemeinsame Oberbegriff für das nur-materielle und formell-materielle Gesetz wegen des gleichgearteten Inhalts das „materielle“ Gesetz. Diese Begriffsfassung würde, wie mir scheint, jedes Mißverständnis aus dem Wege räumen, das die übliche Ausdrucksweise verursacht. Das von der herrschenden Lehre[2]) meines Erachtens richtig entwickelte, aber ungenau gekennzeichnete System des Gesetzbegriffs würde demnach in folgende Unterabteilungen zerfallen:

1. Nur-formelle,
2. nur-materielle,
3. formell-materielle,
4. formelle (nur-formelle + formell-materielle),
5. materielle (nur-materielle + formell-materielle) Gesetze.

---

[120]) z. B. Heller, S. 106/107.
[121]) Gg. Jellinek, S. 228.
[122]) S. 163.

II. Abschnitt: Formelle und materielle Gesetze im einzelnen.

§ 5. Das formelle Gesetz.

Bei der Kritik der Lehre Kelsens[123]) ist betont worden, daß der formelle Gesetzesbegriff der herrschenden Lehre[2]) neben einer Umschreibung der reinen „Gesetzesform[124])" auch ein materielles Element in sich trägt. Da die herrschende Lehre[2]) unter „Gesetz im formellen Sinn" eine hoheitliche Erklärung in besonderer Form versteht, hat sich die Darstellung der Begriffsmerkmale des formellen Gesetzes auf die Erörterung der beiden folgenden Fragen zu erstrecken:

1. In welchen Verfahrensformen kommt ein formelles Gesetz zustande?
2. Welchen Bedeutungsgehalt kann ein formelles Gesetz haben?

I.

Der Weg der Gesetzgebung ist in den Staatsverfassungen meist eingehend geregelt. Entsprechend der Mannigfaltigkeit der Staatsformen ist das Gesetzgebungsverfahren in den Verfassungsurkunden recht unterschiedlich ausgestaltet. Infolgedessen würde es den Rahmen der Aufgabe bei weitem überschreiten, wenn genaue Ausführungen gemacht werden sollten, wie im Reich, in den deutschen Ländern oder gar in außerdeutschen Staaten Gesetze zustande kommen. Andererseits darf die Erörterung der Förmlichkeiten des Gesetzgebungsverfahrens nicht gänzlich unterbleiben, da diese für die Eigenart des formellen Gesetzes gegenüber anderen Staatswillensäußerungen, besonders den Verordnungen, bestimmend sind. Daher kann es hier nur darauf ankommen, die allgemeinen, regelmäßig gegebenen Grundsätze des Gesetzgebungsverfahrens herauszustellen und das geltende Recht nur beispielsweise zu erwähnen.

Da eine geordnete Rechtssetzung sowohl für den Einzeln als auch für die staatliche Gemeinschaft von ungeheuerer Bedeutung ist, versuchen die meisten Verfassungen durch Anordnung erschwerter Formvorschriften eine mangelhafte, insbesondere übereilte Gesetzgebung zu verhindern. Aus diesem Grunde sind meistens mehrere Organe an der staatlichen Gesetzgebung beteiligt, die ihren Einfluß teils positiv durch Beschlußfassung, teils negativ durch Einspruch oder Veto geltend zu machen haben oder zum Teil auch nur zur Anregung von Gesetzesvorschlägen befugt sind. Anderen Organen ist vielfach die Pflicht auferlegt, das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze zu überwachen oder sie in förmlicher Weise zu verkünden.

Die Organe der Gesetzgebung selbst sind so mannigfach und verschieden ausgestaltet, daß man einen allen gemeinsamen Grundzug vergeblich suchen wird. Die Form der Gesetzgebung wird entscheidend von den das Gemeinwesen beherrschenden politischen Ideen beeinflußt. Da-

---

123) S. 24/25.
124) Kelsen, S. 542.

her können die Organe der Gesetzgebung meist entweder auf das monarchische oder auf das demokratische Prinzip zurückgeführt werden. Gesetzgeber im monarchischen Staate sind der Landesherr oder die von ihm bestimmten Organe. Der Staat der Demokratie (im weitesten Sinne) kennt als gesetzgeberische Organe das Volk oder die von ihm gewählten Körperschaften oder die von seinem Vertrauen getragenen Führer. Vielfach finden wir auch, daß monarchisch-demokratische Elemente im Gesetzgebungsverfahren verbunden sind, so besonders im konstitutionellen Staate.

Nicht alle Willensäußerungen des Gesetzgebers können als „Gesetze" bezeichnet werden, sondern nur, soweit sie in einem verfassungsrechtlich festgestellten förmlichen Verfahren zustande kommen. So sind beispielsweise die Geschäftsordnungen der Parlamente (Art. 26 S. 2 RV.), die Beschlüsse, geheim zu verhandeln (Art. 29 RV.) oder die Minister herbeizurufen (Art. 33 I RV.), keine Gesetze, da sie nicht in vorgeschriebener Weise ausgefertigt und verkündet werden. Daher ist es ungenau und verwirrend, wenn gelegentlich in der Literatur[125]) geäußert wird, formelles Gesetz sei, „was unter Mitwirkung der Volksvertretung zustande komme". Vielmehr ist die Beobachtung aller Verfahrensformen durch das gesetzgebende Organ ein wesentliches Erfordernis des Gesetzesbegriffs im formellen Sinn.

Den ersten Abschnitt des Gesetzgebungsverfahrens pflegt man als „Gesetzesinitiative", besser „Gesetzesvorschlag", zu bezeichnen. Darunter versteht man ein Verfahren, in dem den Beschlußorganen ein Gesetzentwurf unterbreitet und zur Annahme empfohlen wird. Das Vorschlagsrecht kann in zweifacher Weise ausgestaltet sein: Es erscheint in stärkerer Form, im „eigentlichen Sinne[126])", wenn das zum Vorschlag berechtigte Organ unmittelbar vor dem Hauptträger der gesetzgebenden Gewalt den Erlaß eines Gesetzes beantragen kann. Jedoch kann das Vorschlagsrecht — als sogenanntes „uneigentliches[127])" oder „mittelbares[128])" Vorschlagsrecht — auf die Befugnis zur Anregung eines Gesetzentwurfs in der Weise beschränkt sein, daß es der Vermittlung eines dritten Organs bedarf, wenn das Hauptorgan der Gesetzgebung sich mit dem Vorschlag befassen soll. In dem Bestreben, den Organen des Staates reichlich Gelegenheit zur Anregung von Gesetzesvorschlägen zu gewähren, kennt die Weimarer Reichsverfassung fünf vorschlagsberechtigte Stellen: Das unmittelbare Vorschlagsrecht steht dem Reichstag (Art. 68 I) und der Reichsregierung (Art. 68 I), das mittelbare dem Reichsvolk (Art. 73 III), dem Reichsrat (Art. 69) und dem Reichswirtschaftsrat (Art. 165 IV) zu.

Es herrscht in der Staatswissenschaft ein meines Erachtens müßiger Streit darüber, ob man als „Gesetzesinitiative" lediglich das „unmittel-

---

[125]) z. B. Schmitt, S. 148.
[126]) Anschütz, Komm., Art. 68/69, S. 361.
[127]) Anschütz, Komm., Art. 68/69, S. 361.
[128]) Heyland, S. 193.

bare[129])" oder beide Vorschlagsrechte[130]) bezeichnen soll. Am besten sieht man von der Verwendung dieses Fremdworts ab, weil es Anlaß zur begrifflichen Verwirrung bietet und überflüssig ist, zumal es auch in den Verfassungsurkunden nicht vorkommt.

Ist eine Vorlage dem Hauptträger der Gesetzgebungsgewalt gemacht worden, so liegt diesem die Beratung und Beschlußfassung ob. Vielfach sehen die Verfassungen Organe vor, die durch Einlegung eines Einspruchs gegen die Beschlüsse des Hauptorgans teils endgültig, teils vorübergehend verhindern können, daß die Vorlage Gesetz wird. So sind konkurrierende Beschlußorgane nach geltendem Reichsrecht der Reichstag (Art. 68 II RV.), die Reichsregierung[131]), mit einigen sachlichen und zeitlichen Beschränkungen, und das Reichsvolk (Art. 73 RV.). Hemmungen des Gesetzgebungsverfahrens können ausgehen vom Reichspräsidenten (Art. 73 I RV.), vom Reichsrat (Art. 74 RV.) und von Minderheiten des Reichstags (Art. 72 I RV.) und des Reichsvolkes (Art. 73 II und III RV.). Die Zahl der Gesetzgebungsfaktoren und ihre vielfältige Einwirkungsmöglichkeit nach dem Verfassungsrecht des Reiches und vieler anderer Länder und Staaten gestaltet den Weg der Gesetzgebung vom Entwurf bis zur endgültigen Beschlußfassung oft recht verwickelt, so daß in diesem Zusammenhang auf Einzelausführungen verzichtet werden muß. Nach dem Vorgang Labands[132]) pflegte man den Beschluß eines Gesetzes durch das oder die Organe der Gesetzgebung in zwei Bestandteile zu zerlegen, nämlich in Feststellung des Gesetzesinhalts und Erteilung des Gesetzesbefehls („Sanktion"). Während die Feststellung des Gesetzesinhalts sich in der technischen Fassung des Gesetzeswortlauts erschöpft, bedeutet die „Gesetzessanktion" die Erhebung des Entwurfs zum Gesetz, d. h. die Ausstattung des Gesetzestextes mit rechtsverbindlicher Kraft in der Weise, daß die Betroffenen sich nach ihm zu richten haben.

Schon in der Staatsrechtslehre der Vorkriegszeit hat sich gegen die „Sanktionstheorie" Widerspruch[133]) erhoben, der in der Literatur zur Weimarer Reichsverfassung verstärkt in Erscheinung tritt[134]). Tatsächlich verdient die Sanktionstheorie keinen Beifall, da sie weder logisch gerechtfertigt noch im positiven Recht begründet ist. Nach der Darstellung Labands wird der Beschluß eines Gesetzes, der bei unbefangener Betrachtungsweise als einheitlicher Staatsakt erscheint, in zwei verschiedene Bestandteile zerlegt. Es ist nicht richtig, daß, bevor einer Anregung Gesetzeskraft beigelegt wird, die Fassung des Textes durch das Beschlußorgan klargestellt wird. Vielmehr enthält der Beschluß, der den Text

---

[129]) So Hatschek, S. 10.

[130]) So die herrschende Lehre: Anschütz, Komm. Art. 68/69, S. 361; Poetzsch-Heffter, S. 294; Giese, S. 164/165; W. Jellinek, S. 165.

[131]) R.-Ges. vom 24. 3. 33, RGBl. S. 141.

[132]) II, S. 3ff.; zustimmend: Anschütz, Komm. Art. 68/69, S. 365; Meyer-Anschütz, S. 560; Gg. Jellinek, S. 315; Giese, S. 36, 166; Heyland, S. 191.

[133]) Gierke, S. 229.

[134]) Hatschek, S. 7/8; W. Jellinek, S. 163; Walz, S. 376.

endgültig feststellt, regelmäßig auch die Willenserklärung, daß dieser Text Gesetz werden solle. Sind an dem Gesetzgebungsverfahren mehrere Beschlußorgane beteiligt, so gilt dies für jedes von ihnen. Würde man einem der Beschlußorgane das Sonderrecht der Gesetzessanktion zubilligen, so würde man juristisch unberechtigte Rangunterschiede unter den Trägern der Gesetzgebung machen. Mit Recht hat man schon allein aus diesem Grunde das „Sanktionsmonopol[135]" bestritten, das Laband[132]) dem Bundesrat (im Reiche) und den Landesherren (in den deutschen Gliedstaaten) auf Kosten der Volksvertretungen beilegte[136]). Schließlich muß noch bemerkt werden, daß die Auffassung Labands jeglicher Grundlage im positiven Staatsrecht entbehrt. Sie dürfte kaum mit Art. 5 I S. 2 a RV.[137]) in Einklang zu bringen sein. Daher mußte die Sanktionstheorie schon in der Staatsrechtslehre der Bismarckschen Verfassung der Ablehnung verfallen. Besonders abwegig und gekünstelt erscheint die Sanktionstheorie, wenn über einen Gesetzentwurf nur e i n Organ Beschluß zu fassen braucht[138]). Als Ergebnis ist festzuhalten, daß es eine besondere „Gesetzessanktion" weder im früheren, noch im geltenden positiven Staatsrecht gibt, wenn auch die entgegengesetzte Auffassung heute noch weit verbreitet ist[132]).

An den Gesetzesbeschluß schließen sich als letzte Akte des Gesetzgebungsverfahrens die Ausfertigung — auch „Promulgation" genannt[139]) — und Verkündung an. Sie werden für die auf Grund der Reichsverfassung ergangenen Gesetze vom Reichspräsidenten (Art. 70 RV.) mit ministerieller Gegenzeichnung (Art. 50), für die auf Grund des „Ermächtigungsgesetzes[140])" ergangenen, vom Reichskanzler vollzogen. Das Wesen der „Ausfertigung" besteht in der Unterzeichnung und Datierung der Gesetzesurkunde. Regelmäßig prüft die ausfertigende Stelle vor der Unterzeichnung, ob der Wortlaut des Gesetzestextes mit dem Beschluß des Gesetzgebers übereinstimmt und ob die verfassungsmäßigen Voraussetzungen gewahrt sind. Verbindliche Kraft erlangt das Gesetz erst nach seiner Verkündung, die gewöhnlich in einem amtlichen Blatte, nach der Reichsverfassung (Art. 71) im Reichsgesetzblatt, erfolgt. Um den Behörden und der Öffentlichkeit Gelegenheit zur Kenntnisnahme und Einarbeitung zu geben, läßt man das Gesetz gewöhnlich nicht sofort mit der Verkündung, sondern erst nach einer bestimmten Frist wirksam werden, z. B. gemäß Art. 71 RV. im Zweifel am 14., nach dem Reichsgesetz vom 24. 3. 1933 am folgenden Tage[141]).

---

135) Hatschek, S. 8.

136) z. B. Meyer-Anschütz, S. 560 Anm. 4.

137) „. . . die Übereinstimmung der Mehrheitsbeschlüsse beider Versammlungen ist zu einem Reichsgesetze erforderlich und ausreichend."

138) Vgl. W. Jellinek, S. 163.

139) So von Laband, II, S. 16; Meyer-Anschütz, S. 566 Anm. 8.

140) R.-Ges. vom 24. 3. 1933, RGBl., S. 141, Art. 3.

141) RGBl. 1933, S. 141, Art. 3.

Die Bedeutung des formellen Gesetzes, durch die es sich vor allen anderen Staatswillensakten auszeichnet, besteht in der sogenannten „formellen Gesetzeskraft[142])". Diese wirkt sich in doppelter Weise aus: Einmal kann die in einem formellen Gesetz getroffene Anordnung nicht durch jeden beliebigen Hoheitsakt wieder aufgehoben, abgeändert, durchbrochen oder gesetzkräftig ausgelegt werden. Vielmehr kann ein formelles Gesetz nur auf Grund einer gleichwertigen Rechtsquelle geändert werden, also ebenfalls durch formelles Gesetz, gesetzeskräftige Verordnung oder, was vielfach übersehen wird[143]), durch Gewohnheitsrecht. Das formelle Gesetz wird also durch später erlassene Verordnungen, autonome Satzungen, Verfügungen oder Staatsverträge nicht berührt. Andererseits geht ein formelles Gesetz allen andersartigen, früher erlassenen staatlichen Hoheitsakten vor, die ihm inhaltlich widersprechen. Aus dem Wesen der formellen Gesetzeskraft ergibt sich der Vorrang des gesetzgeberischen Willens gegenüber den Anordnungen der Behörden und der dem Staat ein- und untergeordneten Verbände.

II.

Nach der herrschenden Lehre[2]), der wir uns angeschlossen haben, können in die Form eines Gesetzes Staatsakte jeglicher Art gekleidet sein. In erster Linie können formelle Gesetze die Anordnung von Rechtssätzen zum Gegenstand haben; diese Gruppe von Gesetzen, die wir als formell-materielle Gesetze bezeichnet haben, ist die praktisch häufigste und bedeutsamste. Weiterhin können auch Nicht-Rechtssätze in Gesetzesform auftreten. Die gegenteilige Auffassung, nach der Gesetze notwendig einen Rechtssatz zum Inhalte haben, so daß also für Nicht-Rechtssätze in einem (formellen) Gesetz kein Raum sei, ist in § 3[144]) ausführlich behandelt und abgelehnt worden; daher kann auf eine Stellungnahme zur Gegenansicht[144]) an dieser Stelle verzichtet werden. Die Gesetze ohne Rechtssatz-Inhalt, die „nur-formellen" Gesetze, betreffen zum großen Teil die Regelung von Regierungs- und Verwaltungsakten. Beispiele aus der Reichsverfassung sind Kriegserklärung und Friedensschluß (Art. 45 II), sowie Kreditbewilligung (Art. 87). Nach Art. 49 II RV. und Art. 54 III Pr. V. bedarf eine Anordnung der Gesetzesform, welche materiell zum Gebiete der Rechtspflege gehört. Organisatorische Vorschriften, d. h. Verwaltungsnormen, enthält in weitem Umfang das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. 1. 1877 und das Preußische Landesverwaltungsgesetz vom 30. 7. 1883. Inhalt eines nur-formellen Gesetzes können auch Erklärungen des Gesetzgebers ohne rechtliche Tragweite sein. Nicht selten werden politische Programme, ethische Ansichten, Erklärungen über die Bedeutung eines Gesetzes, Ehrungen eines Staatsmannes im Verfahren der Gesetzgebung geäußert und verkündet. So sind als programmatische Erklärungen oder

---

[142]) Vgl. im folgenden Laband, II, S. 62ff.

[143]) z. B. Laband, II, S. 62, 69; Anschütz, Ges.-S. S. 213; Giese, S. 36; richtig aber Gg. Jellinek, S. 334, 336.

[144]) S. 15—21.

als bloße Ankündigungen zukünftiger gesetzgeberischer Tätigkeit ohne unmittelbar-rechtsverbindlichen Charakter manche Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung anzusehen: z. B. Art. 119, 121, 151 I S. 1, 163 II S. 1. Begründungen und Erläuterungen in Gesetzesform finden wir in einigen der neuesten Gesetze: im Reichserbhofgesetz[145]), im preußischen Erbhofgesetz[146]) und im preußischen Gesetz über Strafvollstreckung und Gnadenrecht[147]). Bekannt ist ein tschechoslowakisches Gesetz vom Jahre 1926, welches die ehrenvolle Feststellung macht: „T. G. Masaryk hat sich um den Staat verdient gemacht". Derartige staatliche Willensäußerungen können unbedenklich als nur-formelle Gesetze bezeichnet werden, was schon an anderer Stelle trotz Widerspruchs einzelner Schriftsteller betont worden ist[148]).

Als Ergebnis ist festzustellen, daß ein Gesetz Erklärungen jeglicher Art zum Inhalt haben, daß es grundsätzlich jedem Gedanken Ausdruck verleihen kann. Denn die Gesetzgebung ist, abgesehen von einigen noch zu erwähnenden Ausnahmen, rechtlich unbeschränkt; sie ist formell allmächtig. Freilich kann ein Gesetz nicht weiterreichen als der Machtspruch des betr. Staats selber. So kann der Staat aus natürlichen Gründen nur Bestimmungen über das ä u ß e r e Verhalten der Gewaltunterworfenen treffen; darum kann ein Gesetz nicht auf die Seele und die Gedankenwelt des Menschen einwirken wollen[149]). Auch aus Rechtsgründen können sich Beschränkungen für den Inhalt von formellen Gesetzen ergeben, wie die herrschende Lehre[150]) mit Recht annimmt. Demgegenüber meinte Anschütz[151]), daß der Gesetzgeber durch Rechtssätze überhaupt nicht gebunden werden könne, weil er kraft seiner Souveränität hinderliche Verfassungsrechtssätze aufheben und Staatsverträge kündigen könne. Dabei übersieht Anschütz[151]), daß es oft politisch und auch manchmal rechtlich unmöglich ist, solche Bindungen zu beseitigen. So bildet z. B. Art. 13 I RV. („Reichsrecht bricht Landrecht") für alle Landesgesetze eine Schranke, die kein Landesgesetzgeber beseitigen kann. Auch die Bestimmungen des Versailler Friedensdiktates, die den Normen der Weimarer Reichsverfassung vorgehen (Art. 178 II S. 2 RV.), können eine — leider recht fühlbare — Beschränkung der Allmacht der Reichsgesetze bedeuten, ohne daß die deutschen Gesetzgebungsorgane die Möglichkeit haben, sich jederzeit dieses lästigen „Vertrages" zu entledigen! Wir sehen also, daß dem Inhalt der Gesetze verfassungs- und völkerrechtliche Grenzen gezogen sein können. Häufig, ja meistens, wird der Gesetzgeber imstande sein, unter gewissen Voraussetzungen diese Grenzen zu überschreiten, z. B. durch Aufbringung

[145]) Vom 29. 9. 1933 (RGBl., S. 685).
[146]) Vom 15. 5. 1933 (Ges.-S. S. 165).
[147]) Vom 1. 8. 1933, Ges.-S. S. 293 (§ 1).
[148]) § 3 S. 18, 19.
[149]) Zustimmend: Meyer-Anschütz, S. 555.
[150]) Meyer-Anschütz, S. 555; Gg. Jellinek, S. 261; O. Mayer, S. 12; Thoma, S. 140; RGZE. 118, S. 327.
[151]) Anschütz, Staatsgewalt, S. 14 Anm. 34.

einer erhöhten Mehrheit (Art. 76 RV.). Aber es sind auch Beschränkungen der Macht des Gesetzgebers und infolgedessen des Inhalts formeller Gesetze denkbar, die unüberwindbar sind, wenn sie von rechtlich übergeordneten oder tatsächlich stärkeren Mächten gesetzt sind.

Von diesen wenigen Ausnahmen abgesehen, kann ein formelles Gesetz theoretisch jeden nur denkbaren Inhalt haben. Freilich hat der Gesetzgeber die sittliche Verpflichtung, seine Anordnungen nach Vernunft und Gerechtigkeit zu treffen und als maßgebliche Richtschnur seines Handelns das Volks- und Staatswohl anzusehen. Derartige Beschränkungen des Gesetzesinhalts ergeben sich aus rechts-politischen Gründen; sie können aber meines Erachtens nicht, wie es Thoma tut[152]), als rechtliche Schranken der gesetzgebenden Gewalt bezeichnet werden. Denn auch die schlechtesten Gesetze sind „Gesetze" und müssen als solche beachtet und befolgt werden. Einen „Imperativ der Rechtsordnung[152])", der dem Gesetzgeber Erwägungen der Gerechtigkeit anbefiehlt, gibt es nicht. Niemand vermag zu beurteilen oder gar darüber zu wachen, ob der Gesetzgeber diese seine „Rechtspflicht" erfüllt. Keine nachteiligen Rechtsfolgen treffen die gesetzgebenden Organe, wenn sie leichtfertig und unvernünftig Gesetze machen, aber sie tragen moralische Pflichten: sie sind verantwortlich vor ihrem Gewissen, ihrem Volke und der Geschichte. Es liegt offensichtlich ein Widerspruch vor, wenn die Rechtsordnung, die vom Gesetzgeber geschaffen ist, ihrerseits einen Imperativ an den Gesetzgeber richten könnte! Denn die Rechtsordnung unterliegt der Einwirkung des Gesetzgebers, nicht umgekehrt. Die Konstruktion einer solchen Rechtspflicht ist theoretisch nicht zu begründen und praktisch wertlos, weil das Verantwortungsbewußtsein der Gesetzgebungsorgane einen rechtlichen Imperativ überflüssig macht und bei mangelndem Verantwortungsbewußtsein ein solcher Imperativ nichts nützt.

Noch weniger als dem Umfang nach sind betreffs des Gegenstandes den Gesetzen im formellen Sinne Schranken gezogen. Es ist schon an anderer Stelle betont worden, daß die Befugnis des Gesetzgebers sich nicht in der Anordnung abstrakt-genereller Normen erschöpft, sondern daß er grundsätzlich auch Einzelfälle gesetzlich regeln kann[153]). Dagegen will Carl Schmitt[154]) entgegen der herrschenden Lehre[155]) den Erlaß von Individualakten in Gesetzesform nur ausnahmsweise zulassen, wenn es in der Verfassung ausdrücklich angeordnet ist. Carl Schmitt[154]) begründet seine Auffassung mit dem Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung des konstitutionellen Staates. Ferner befürchtet er eine Erschütterung des Rechtsstaatsgedankens und einen Mißbrauch der Gesetzgebungsgewalt, wenn sich die Gesetzgeber, also meistens die Parlamente, einer jeden Sache bemächtigen, insbesondere Ausnahmegesetze für oder gegen einzelne

[152]) S. 140. Richtig dagegen: Meyer-Anschütz, S. 555; RGZE. 118, S. 327.
[153]) § 3 S. 24.
[154]) S. 139ff.
[155]) Laband, II, S. 57; Gg. Jellinek, S. 232, 261; Meyer-Anschütz, S. 555; O. Mayer, S. 12; Thoma, S. 148.

Personen schaffen könnten. Mag auch Schmitts Auffassung für parlamentarische Verhältnisse recht ansprechend sein, so läßt sie sich meines Erachtens, vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, nicht halten. Es ist zwar richtig, daß die Aufgabe des Gesetzgebers, früher wie heute, hauptsächlich in der Setzung genereller Normen bestanden hat. Diese Tatsache ist jedoch nicht lediglich als eine Verwirklichung rechtsstaatlicher Ideale anzusehen, sondern beruht auch wesentlich auf praktischen Erwägungen. Denn Individualgesetze, welche die allgemein-gültigen Regelungen durchbrechen, bewirken meistens ungerechtfertigte Begünstigungen oder Benachteiligungen von Einzelpersonen. Trotzdem sind Fälle denkbar und praktisch nicht selten, welche eine gesetzliche Sonderregelung als wünschenswert erscheinen lassen, ohne daß die Verfassung sie ausdrücklich für zulässig erklärt. Die einmalige Subventionierung eines volkswirtschaftlich bedeutsamen Unternehmens außerhalb des Staatshaushaltsgesetzes (Art. 85 RV.), eine Schenkung an eine um den Staat verdiente Persönlichkeit oder deren Sonderbesteuerung[156]), die Liquidation einer riesigen Konkursmasse, abweichend vom üblichen Konkursverfahren[157]), lassen beispielsweise das Bedürfnis nach Individualgesetzen erkennen. Wenn man bedenkt, daß die Verwaltung zu Eingriffen in die Individualsphäre der gesetzlichen Ermächtigung bedarf, aber nach Schmitts Auffassung die gesetzliche Regelung von Einzelfällen grundsätzlich unzulässig ist, so wäre die Staatsgewalt zur angemessenen Ordnung eines Ausnahmetatbestandes von nicht gewöhnlicher Art gänzlich unfähig! Nur einem allzu individualistischen Zeitalter kann das Interesse der Einzelperson zum Schaden der Allgemeinheit so am Herzen liegen, daß dem Staat die rechtliche Möglichkeit zu einem einzelnen Eingriff genommen wird. Dieses unbefriedigende Ergebnis der Schmittschen Theorie, auf das mit Recht Thoma[158]) hinweist, widerlegt sie zur Genüge. Ferner übersieht Schmitt bei seinen geschichtlichen Darlegungen, daß auch in früheren Zeiten die Parlamente, besonders das englische, in recht erheblichem Umfang Verfügungen und andere Individualakte erlassen haben[158]). C. Schmitt überschätzt bei der Begründung seiner Theorie die Bedeutung der Idee von der Gewaltenteilung und vom bürgerlichen Rechtsstaat. Denn einmal hat schon das Staatsrecht des Weimarer Reiches durch übermäßige Stärkung der Parlamente das Prinzip der Gewaltenteilung zurückgedrängt, und das werdende Staatsrecht des Dritten Reiches lehnt auf Grund seines betonten Führerideals die Gewaltenteilung vollends ab. Wenn schon die von Schmitt angeführten altliberalen Ideen für die Ausgestaltung des formellen Gesetzesbegriffs nicht von entscheidender Beweiskraft sind, so kann darauf hingewiesen werden, daß auch die herrschende Lehre[155]) dem Gedanken von der Teilung der Gewalten Raum läßt: denn die tatsächliche Vollziehung der vom Gesetzgeber getroffenen

---

156) Vgl. das Beispiel S. 24.
157) z. B. Schwedische „Lex Kreuger“ 1932.
158) Thoma, S. 148.

konkreten Anordnungen liegt nicht ihm selber, sondern den Verwaltungsbehörden ob! Schließlich muß noch erwähnt werden, daß eine übermäßige Ausdehnung der Gesetzgebungsgewalt durch zahlreiche Verfassungsvorschriften verhindert oder mindestens erschwert wird, welche die Regelung konkreter Einzelverhältnisse anderen staatlichen Organen übertragen haben, z. B. den Justizbehörden [Art. 102 RV.[159])]. Doch muß beachtet werden, daß Gegenstände, die verfassungsrechtlich dem Zugriff der Gesetzgebung entzogen sind, dann auch zum Inhalt von formellen Gesetzen gemacht werden können, wenn die Voraussetzungen einer zulässigen Verfassungsdurchbrechung erfüllt sind. Entgegen der Auffassung Schmitts ist mit der herrschenden Lehre[155]) daran festzuhalten, daß nicht nur generelle Normen, sondern grundsätzlich auch Verfügungen und sonstige Einzelanordnungen in der Form des Gesetzes auftreten können.

Die subjektiven Rechte einzelner Personen können der inhaltlichen Gestaltung formeller Gesetze nicht im Wege stehen. Wohlerworbene Rechte sind nicht vor Eingriffen des Gesetzgebers unbedingt geschützt. Freilich genießen einige von ihnen, z. B. die Beamtenrechte (Art. 129 RV.), verstärkten Verfassungsschutz, der jedoch keineswegs unüberwindlich ist (Art. 76 RV.). In der älteren Literatur ist allerdings von einigen Schriftstellern[160]) die Meinung vertreten worden, der Staat dürfe nicht in wohlerworbene Rechte eingreifen, nicht einmal durch formelles Gesetz; denn eine Verletzung wohlerworbener Rechte sei ein unerlaubter Übergriff des Staates. Diese Auffassung beruht auf einer mehr als individualistischen Weltanschauung, welche dem Staate gegenüber nur Rechte, aber keine Pflichten zu besitzen glaubt. Sie verkennt, daß der Staat aus Gründen des Gemeinwohls nicht selten zur Verletzung wohlerworbener Rechte genötigt ist. Daher ist es, besonders für ein Zeitalter mit verstärktem Gemeinschaftsbewußtsein, unerträglich, gesetzmäßige Eingriffe des Staates in individuelle Rechte als unzulässig zu bezeichnen. Heute nimmt man mit Recht allgemein an[161]), daß grundsätzlich in einem formellen Gesetz Bestimmungen enthalten sein können, welche wohlerworbene Rechte beeinträchtigen.

Nach der Erörterung der begrifflichen Voraussetzungen des Gesetzes im formellen Sinn möchte ich die Ergebnisse folgendermaßen zusammenfassen:

> Gesetz im formellen Sinn ist eine von verfassungsmäßig bestimmten Organen in einem förmlichen Verfahren beschlossene und verkündete staatliche Erklärung, die unter Berücksichtigung gewisser von Natur, Völkerrecht und Staatsrecht gezogener Grenzen, jeden nur denkbaren Gegenstand betreffen und jeder beliebigen Regelung unterwerfen kann.

---

[159]) Vgl. weitere Beispiele bei Thoma, S. 149.
[160]) z. B. Bluntschli, Allg. Staatslehre, S. 287ff.; Allg. Staatsrecht, S. 144ff.
[161]) Meyer-Anschütz, S. 555; Anschütz, Staatsgewalt, S. 12.

§ 6. Das materielle Gesetz.

Im § 2 ist als „Gesetz im materiellen Sinne“ die verbindliche Anordnung eines Rechtssatzes bezeichnet worden. Doch ist diese Begriffsbestimmung, obwohl sie ganz überwiegend von der Lehre[2])[51]) anerkannt ist, keineswegs eindeutig und klar. Vielmehr bestehen hinsichtlich der Begriffsmerkmale des Gesetzes im materiellen Sinne erhebliche Meinungsverschiedenheiten.

Bevor zu der zweifelhaften und schwierigen Frage nach der Rechtsnatur des Rechtssatzbegriffs Stellung genommen wird[162]), muß darüber Klarheit herrschen, in welcher Form ein Rechtssatz erscheinen kann. Unstreitig können Rechtssätze von verschiedenen Organen des betr. Gemeinwesens erlassen werden. An erster Stelle sind die Gesetzgebungsorgane zu nennen; ferner können Rechtssätze von Verwaltungsbehörden geschaffen werden, sowie von öffentlich-rechtlichen Verbänden, die dem Staate eingegliedert und untergeordnet sind (Kommunalverbände, öffentliche Genossenschaften). Entsprechend ihrer verschiedenen Herkunft können die Rechtssätze in verschiedenem Gewande erscheinen: Sie können in formellen Gesetzen, Verordnungen, völkerrechtlichen Verträgen und autonomen Satzungen enthalten sein. Unzweifelhaft kann auch das Gewohnheitsrecht die Quelle von Rechtssätzen sein. Nur streitet man sich darüber, ob auch die gewohnheitsrechtlichen Rechtssätze unter den Begriff des materiellen Gesetzes fallen. Im Gegensatz zur herrschenden Lehre[163]) legen manche Schriftsteller[164]) den materiellen Gesetzesbegriff im engeren Sinne aus. Sie halten es für sprachwidrig, dem Gewohnheitsrecht den Namen „Gesetz“ beizulegen, welchen nur „gesetztes“, d. h. durch hoheitliche Organe geschaffenes, Recht tragen dürfe. Doch hat sich über diese nicht ganz unberechtigten Bedenken das geltende Recht hinweggesetzt, indem es stillschweigend als „Gesetz“ auch Rechtssätze des Gewohnheitsrechts bezeichnet hat[165]). Dem Einwand Labands[166]), gewohnheitsrechtliche Rechtssätze könnten niemals durch einen Willensakt „angeordnet“ werden und erfüllten deshalb nicht ein wesentliches Merkmal des materiellen Gesetzesbegriffs, kann nicht zugestimmt werden. Denn dem gewohnheitsrechtlichen Satze liegt nicht allein die Überzeugung der Volksgemeinschaft zugrunde, daß er objektives Recht sei, sondern ebensosehr der Volkswille, ihn zur Geltung zu bringen, oft entgegen dem gesetzten Recht. Laband übersieht, daß der Rechtsgeltungs*wille* der Gemeinschaft die wichtigste Voraussetzung zur Entstehung von Gewohnheitsrecht ist[167]), und daß nicht allein die Volks-*Überzeugung* bestimmend ist. Daher ist — in des Wortes weiterer Bedeutung — auch der gewohnheitsrechtliche Rechtssatz „ge-

---

162) Vgl. dazu § 6 S. 40ff.
163) Anschütz, Gesetz, S. 212; Stier-Somlo, S. 324; Wenzel, H. 4, S. 204 u. a.
164) Thoma, S. 134 Anm. 37; Laband, II, S. 1.
165) z. B. §§ 550 ZPO., 337 StPO., 2 EGBGB. u. a.
166) II, S. 1.
167) Zustimmend: Enneccerus, S. 109.

setzt[168])". Die geschichtliche Betrachtung rechtfertigt die Einbeziehung des Gewohnheitsrechts unter den Gesetzesbegriff im materiellen Sinne. Die Römer bezeichneten als „Gesetz" („lex") alles, was das Volk befiehlt[169]), also nicht nur, was die Volks-Versammlung beschließt und befiehlt. Auch das ALR. bezeichnet an einer Stelle[170]) mit dem Namen „Gesetz" auch das Gewohnheitsrecht. Das frühere wie das geltende Recht gestatten also eine Ausdehnung des Gesetzesbegriffs auf gewohnheitsrechtliche Rechtssätze. Jede einen Rechtssatz enthaltende Bestimmung ist ein Gesetz im materiellen Sinne, ohne Unterschied, ob sie geschrieben oder ungeschrieben, ob sie Gewohnheitsrecht oder „gesetztes" Recht (im engeren Sinne) ist.

Schwierigkeiten bereitet die Feststellung, was ein „Rechtssatz" ist. Es herrscht kein Streit darüber, daß nicht jeder Ausspruch eines hoheitlichen Organs als „Rechtssatz" bezeichnet werden darf. Zu diesen Nichtrechtssätzen gehören z. B. öffentliche Ankündigungen und Mahnungen, Dankeserklärungen und ähnliche rechtlich-unverbindliche Äußerungen. Rechtssätze können nur Bestimmungen von rechtlicher Bedeutung sein. Doch bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten darüber, welche hoheitlichen Willensäußerungen von rechtlicher Tragweite unter den Begriff „Rechtssatz" fallen. Zweifel erheben sich in mehrfacher Hinsicht: Einmal: Welchen Inhalt haben Rechtssätze? Und ferner: An welchen Personenkreis richten sie sich?

Die letzte Frage umfaßt ihrerseits wiederum zwei der Aufklärung bedürftige Probleme:

1. Können sich Rechtssätze nur an die gewaltunterworfenen Staatsbürger wenden oder auch an die nachgeordneten Behörden als Verwaltungsvorschriften?
2. Können Rechtssätze nur abstrakte Anordnungen enthalten oder als Individualgesetze Einzelfälle regeln?

Bezüglich der letzten Frage werden drei verschiedene Auffassungen vertreten: Manche Schriftsteller[171]) bezeichnen als „Rechtssatz" jeden staatlichen Befehl, gleichgültig, ob er sich als generelle Anordnung oder als ein Exekutivakt gegen eine einzelne Person darstellt. Mit dieser Auffassung hat schon an anderer Stelle[172]) eine Auseinandersetzung stattgefunden, in welcher sich ihre Unhaltbarkeit zeigte. Indem sie den Unterschied von Verordnung und Verfügung, von Rechtssetzung und Vollziehung verkennt, widerspricht sie den Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Daher muß dieser viel zu weit gefaßte Rechtssatzbegriff der Ablehnung verfallen.

---

[168]) Wenzel, Heft 4, S. 204.
[169]) Vgl. Gajus, I, § 3; ferner: Di I, 3 1. 7.
[170]) Einleitung § 60; richtig erkannt von Lammers, a. a. O.
[171]) Zorn, v. Martitz, Heller u. a.
[172]) § 3 S. 15ff.

Weit verbreitet ist eine Auffassung[173]), welche zwar nicht Verwaltungsakte, wohl aber neben abstrakten Anordnungen auch „Individualgesetze" als Rechtssätze bezeichnet. Die Allgemeinverbindlichkeit soll für den Rechtssatzbegriff nur das gewöhnliche Begriffsmerkmal („naturale"), nicht aber ein notwendiges („essentiale") sein. Doch scheint mir diese Lehre[173]) nicht beifallswert zu sein. Zunächst macht die Abgrenzung der als Rechtssätze angesprochenen Individualgebote von den Verwaltungshandlungen große Schwierigkeiten. Da beide Arten staatlicher Tätigkeit sich mit der Regelung eines konkreten Tatbestandes oder einer festbestimmten Mehrzahl derselben befassen, würde nur dem Verfahren nach, nicht sachlich eine Grenzziehung zwischen individuellem Rechtssatz und Vollzugsakt möglich sein[174]). Auf der Abgrenzung dieser beiden Hoheitsakte beruht jedoch wesentlich die Lehre vom Gesetz als Doppelbegriff. Daher kann Heller[175]), von seinem Standpunkt aus mit Recht, darauf hinweisen, daß durch den Verzicht auf das Erfordernis der „Allgemeinheit" im Rechtssatzbegriff der herrschende Gesetzesbegriff[2]) ins Wanken gerät. Tatsächlich ist den Anhängern der Gegenansicht auch keine klare Scheidung zwischen Verwaltungsakt und Individualgesetz gelungen. Manche[176]) vermögen nicht einmal ein sicheres Beispiel anzugeben. Laband[173]) bezeichnet als Rechtssätze manche einmalige Regierungsakte, wie Aussetzung einer Parlamentswahl, Anordnung einer Thronfolge oder Verlängerung einer Präsidentschaft, mit der Begründung, dies seien keine Verwaltungsakte. Dies ist zwar richtig, ist aber auch kein Argument zugunsten seiner Lehre. Laband übersieht, daß außer Verwaltungsakten auch andere Hoheitsakte zu dieser Gruppe von Nichtrechtssätzen gehören, z. B. Anordnungen der Rechtspflege. Und wenn sich die Frage erhebt, ob die von Laband angegebenen Beispiele „individueller Rechtssätze" juristisch mehr Ähnlichkeit mit generell-abstrakten Geboten oder konkreten Vollzugsakten haben, wird man sicher im letzteren Sinne entscheiden. Denn das den Souveränitätsakten und Verwaltungshandlungen Gemeinsame besteht darin, daß sich ihre rechtliche Bedeutung in der einmaligen Vollziehung erschöpft, weil sie nur für bestimmte Einzelfälle geschaffen wurden. Recht mißverständlich ist das von Enneccerus-Nipperdey angegebene Unterscheidungsmerkmal von „Individualrechtssatz" und Verfügung[177]), nach welchem die Verfügung sich stets „auf die eigene Rechtssphäre des verfügenden Staates beziehen" soll. Dabei ist z. B. eine polizeiliche Verfügung gerade dazu bestimmt und geeignet, in die Rechtssphäre des betroffenen Staatsbürgers einzugreifen! Das Wesen und der Zweck der staatlichen Rechtssetzungsfunktion spricht nicht für die Einbeziehung der Individualgebote unter den Rechtssatzbegriff, wie Anschütz meint[176]),

---

[173]) Laband, II, S. 2; Gg. Jellinek, S. 236ff.; Anschütz, Diss., S. 23ff.; Hatschek, S. 6; Enneccerus, S. 100.
[174]) Zustimmend Seligmann, S. 64.
[175]) S. 109/110.
[176]) Anschütz, Diss., S. 23ff.
[177]) S. 100 Anm. 2.

sondern gerade dagegen. Denn eine Beschränkung des Starken, der seine Überlegenheit gegenüber dem Schwächeren in unbilliger oder gar verwerflicher Weise geltend machen würde, ist nicht allein Aufgabe der staatlichen Rechtssetzung, sondern in hohem Maße der ganzen Staatsgewalt, insbesondere auch der Rechtsprechung. Vielmehr ist es wesentlichste Tätigkeit der staatlichen Rechtssetzung, allgemeine, für eine unbestimmte Zahl von Fällen geltende Anordnungen zu schaffen, nach denen sich jeder zu richten hat, und die ihm ein reibungsloses Zusammenleben mit seinen Volksgenossen ermöglichen. Sogar die Gegner[178]) erkennen an, daß die geschichtliche Entwicklung unsere Auffassung stützt, wonach der Rechtssatzbegriff auf allgemeine Normen zu beschränken ist. So weisen schon die römischen Quellen, die in Deutschland durch die Rezeption Geltung erlangten, auf den allgemein-verbindlichen Charakter der Rechtssätze hin[179]). Von den Philosophen, die sich mit Staatslehre befaßten, haben Aristoteles und Rousseau die Lehre vom Rechtssatz als allgemeinverbindlicher Anordnung vertreten. Die konstitutionelle Staatslehre, die sich eingehend mit den Problemen des Gesetzes befaßte, und der Grundgedanke des liberalen Rechtsstaats werden nur verständlich, wenn man Gesetz und Rechtssatz als allgemeine Norm auffaßt[180]). Die geschichtliche Entwicklung ist für die Begriffsbestimmung des Rechtssatzes sehr beweiskräftig, da die heutige Lehre auch auf frühere Forschungserlebnisse angewiesen ist. Aus allen diesen Gründen schließen wir uns der nicht gerade herrschenden, aber doch häufig vertretenen Auffassung[181]) an, daß als Rechtssätze nur abstrakte, d. h. allgemeinere und „bis auf weiteres[182])" geltende Anordnungen anzusprechen sind. Die Allgemeinverbindlichkeit des Rechtssatzes darf freilich nicht dahin aufgefaßt werden, daß von ihr notwendig jeder Volksgenosse oder gar jede der Staatsgewalt unterworfene Person betroffen werden müsse, wie es z. B. bei § 1 BGB. der Fall ist. Vielmehr ist sehr häufig ein Rechtssatz nur an bestimmte Kreise der Bevölkerung adressiert: So wenden sich viele Steuergesetze nur an gewisse Berufs- und Wirtschaftsgruppen; manche Strafgesetze kommen beispielsweise nur für Beamte (§§ 331ff. StGB.) oder für Kaufleute (Depotgesetz vom 5. 7. 1896, §§ 9, 10, 11) in Frage. Der Kreis der Betroffenen kann so eng sein, daß sich allgemeine Rechtsnorm und Einzelmaßnahme praktisch fast gleichkommen. Dennoch wird sich stets der Rechtscharakter einer solchen Anordnung aus ihrem Zwecke ergeben: soll sie auch in Zukunft auf einen sich etwa ergebenden Tatbestand angewendet werden, so liegt ein Rechtssatz vor; erschöpft sich dagegen die rechtliche Bedeutung des Hoheitsaktes in der ein- oder auch mehrmaligen Vollziehung, so liegt ein Nichtrechtssatz vor, also auch nicht ein Gesetz im materiellen Sinne.

[178]) z. B. Gg. Jellinek, S. 236/237; Anschütz, Diss., S. 23.
[179]) Meyer-Grünhut, eingehend darüber S. 15ff.
[180]) Eingehend darüber: Schmitt, S. 142ff.
[181]) Schmitt, S. 142ff.; Meyer-Anschütz, S. 151; Walz, S. 373; O. Mayer, S. 12; Stier-Somlo, S. 323ff.; Seligmann, S. 61/62; wohl auch Thoma, S. 124, 223ff.
[182]) Thoma, S. 124.

Die Einbeziehung der „Individualgesetze" in den Rechtssatzbegriff ist auch in der Darstellung des Rechtssatzbegriffs der „Wiener" Schule[183]) festzustellen. Diese Lehre stellt sich das gesamte System der Staatswillensäußerungen in Form eines „Stufenbaues[183]) vor, so daß jede „Rechtsfunktion[183])" die Bedingung des nachfolgenden und zugleich die Vollziehung des vorhergehenden Staatsaktes sei. Jede „Rechtsfunktion", die die Grundlage einer nachfolgenden und nachgeordneten „Rechtsfunktion" darstelle, sei ein Rechtssatz. Praktisch sind also nach dieser Lehre alle Staatswillensakte Rechtssätze, soweit sie nicht — wie z. B. die Ausführung der Zwangsvollstreckung — den untersten Rang auf der „Stufenleiter" einnehmen.

Eine Stellungnahme zur Lehre der „Wiener" Schule ist hier nur insofern geboten, als diese für die Bestimmung des Rechtssatzbegriffs von Bedeutung ist. Sachlich entfernen sich Merkl und die übrigen Schriftsteller, die zur „Wiener" Schule zählen[184]), nicht soweit von der hier vertretenen Auffassung über den Rechtssatzbegriff, als es nach der Eigenart der „Stufenlehre" zunächst den Anschein hat. Denn meistens sind die Staatsakte, die für die nachfolgenden bedingend sind und daher innerhalb der „Stufenleiter" eine höhere Stufe einnehmen, in allgemeiner („abstrakter") Form gehalten, so daß sie a u c h nach u n s e r e r Auffassung als Rechtssätze bezeichnet werden müssen. Ferner betreffen die Hoheitsakte, die im Stufenbau der „Wiener" Schule den letzten Rang einnehmen, meist bestimmte („konkrete") Einzelfälle, so daß sie nach b e i d e n Auffassungen als „Nichtrechtssätze" gelten. Ein praktischer Unterschied der Meinungen zeigt sich jedoch, wenn ein Staatsakt höheren Grades (im Sinne der „Stufenlehre") die Regelung eines Einzeltatbestandes betrifft. Solche „Individualgesetze" werden im Gegensatz zu unserer Auffassung von Merkl und seinen Anhängern zu den Rechtssätzen gerechnet, wenn sie die Grundlage nachgeordneter Hoheitsakte bilden. Auf die Gründe, die in früheren Erörterungen[185]) gegen die Einbeziehung der „Individualgesetze" unter den Rechtsbegriff angeführt wurden, kann an dieser Stelle Bezug genommen werden. Schließlich muß bemängelt werden, daß die „Wiener" Schule den Rechtssatzbegriff mehr nach formellen als nach materiellen Gesichtspunkten bestimmt, was der Erkenntnis vom Wesen des Rechtssatzes wenig dienlich ist.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob „Rechtssatz" nur generelle Norm oder a u c h „Individualgebot" sein kann, bedarf das Problem der Klärung, ob als „Rechtssätze" neben den Anordnungen, welche die Untertanen angehen, auch Anweisungen an staatliche Organe und Behörden anzusprechen sind. Nimmt man, wie hier geschehen, das Merkmal der „Allgemeinverbindlichkeit" als das maßgebliche Kennzeichen an, das die Rechtssätze von den Nichtrechtssätzen unterscheidet, so muß man folge-

---

[183]) Vgl. Merkl, S. 172/173.
[184]) z. B. Kelsen.
[185]) S. 41, 42.

richtig anerkennen, daß die Verwaltungsverordnungen ebenfalls Rechtssätze enthalten können[186]). Die heute herrschende Lehre[187]) steht allerdings auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Es ist zwar richtig, daß zwischen den „Verwaltungsverordnungen", die lediglich an die nachgeordneten Behörden gerichtet sind, und den Rechtsverordnungen ein wesentlicher Unterschied besteht; denn nur für die Rechtsverordnungen gilt der in der Geschichte des Staatsrechts so bedeutsame „Vorbehalt des Gesetzes". Doch rechtfertigt der Wesensunterschied der beiden Arten von Verordnungen nicht die völlige Ausscheidung der Verwaltungsverordnungen aus dem Rechtssatzbegriff. Denn auch die Verwaltungsvorschriften entbehren nicht der rechtlichen Ermächtigung. Diese liegt in dem Behördenaufbau, der sich selbst wieder auf Rechtssätze gründet. Ferner ist zu erwähnen, daß auch zahlreiche reine Verwaltungsvorschriften den Interessenkreis der der Staatsgewalt unterworfenen Personen berühren. Man denke z. B. an die amtliche Festsetzung von Sprechstunden für das Publikum, Bestimmungen über die Einzahlungsstelle der Steuerkassen u. dgl. Von besonderer Bedeutung für die Staatsbürger sind auch die Verwaltungsvorschriften über Anstaltsbenutzungen. Auch die Rechtssatznatur der Organisationsvorschriften kann nicht grundsätzlich bestritten werden; denn sonst wären die Vorschriften der Verfassungen, die das gedeihliche Zusammenarbeiten der Staatsorgane bezwecken, ihrem Inhalte nach Nichtrechtssätze! Es muß betont werden, daß die Verwaltungsverordnungen, soweit sie abstrakte, an die nachgeordneten Behörden adressierte Bestimmungen enthalten, den übrigen Rechtssätzen so ähnlich sind, daß sie nicht aus dem Rechtssatzbegriff ausgeschieden werden können. Die enge Verwandtschaft der in den Verwaltungsvorschriften enthaltenen Rechtssätze mit den sonstigen Rechtssätzen ist auch von manchen Anhängern der Gegenansicht[188]) erkannt und zugegeben worden. Doch haben diese Schriftsteller die überwiegend vertretene, hier bekämpfte Auffassung nicht aufgeben wollen und deshalb die Verwaltungsrechtssätze „Normen im weiteren Sinne" genannt. Die Einführung einer Sonderbezeichnung für die Verwaltungsrechtssätze ist jedoch nicht erforderlich, sondern erschwert lediglich die Erkenntnis von der Rechtsnatur der Rechtssätze. Als Ergebnis ist festzustellen, daß die Verwaltungsvorschriften als Rechtssätze anzusprechen sind, wenn sie Bestimmungen von rechtlicher Tragweite enthalten, die nicht für die Regelung bestimmter Einzelfälle gedacht sind.

Die bisherigen Ausführungen über den Begriff des materiellen Gesetzes dienten zur Beantwortung der Fragen, in welcher Form materielle Gesetze erscheinen und an welche Rechtssubjekte sie gerichtet sind. Wir stellten fest, daß sie einer jeden Quelle objektiven Rechts einschließlich des Gewohnheitsrechts entstammen können, daß sie aber nur in abstrakter und

[186]) Zorn, Staatsrecht, S. 484/485; Haenel, S. 232; Arndt, Selbst.-Vo., S. 241ff.; vermittelnd: Thoma, S. 223.

[187]) Meyer-Anschütz, S. 570 Anm. 4; Anschütz, Ges., S. 214; Giese, S. 61/62; Walz, S. 373; Stier-Somlo, S. 333/334.

[188]) Thoma, S. 125; Walz, S. 373; Elster, S. 719.

genereller Form an die Untertanen und an die Behörden ergehen können. Nunmehr bedarf der jeweilige Inhalt eines materiellen Gesetzes der Untersuchung; ferner müssen Bedeutung und Rechtswirkungen des Gesetzes im materiellen Sinne geprüft werden.

Die Erkenntnis von der Natur des Gesetzes im materiellen Sinne wird gefördert durch ein Aufzeigen des Wesens der staatlichen Rechtssetzung.

Das Neben- und Miteinanderleben zahlreicher Menschen innerhalb desselben staatlichen Verbandes verursacht einen fortgesetzten Widerstreit der Interessen der Einzelnen. Es liegt in der menschlichen Natur begründet, daß viele Volks- und Rechtsgenossen ihr äußeres Verhalten nicht so einrichten, daß der Interessenkreis anderer Genossen und der Gemeinschaft selber unberührt bleibt. Um einen aus der gegensetzlichen Interessenlage sich ergebenden Unfrieden zu unterdrücken, und um das Wohlergehen der Gesamtheit zu erhalten und zu fördern, stellt die staatliche Gemeinschaft Rechtssätze auf; diese sollen für das Tun und Unterlassen des Einzeln maßgeblich sein und eine Richtschnur zur Lösung eines gegebenenfalls auftretenden Interessenkonflikts darstellen. Aus dem Wesen des Rechtssatzes als eines Stückes der Rechtsordnung eines Volkes ergibt sich, daß die Anordnung eines Rechtssatzes nicht notwendig n e u e s Recht schaffen muß. Die Richtigkeit dieses Satzes wird von Seligmann[189]) bestritten, welcher die Ausstattung einer noch nicht geltenden Rechtsregel mit verbindlicher Kraft für ein notwendiges Begriffsmerkmal des materiellen Gesetzes hält; Gesetze, die eine bereits erlassene Rechtsnorm zum Gegenstand haben, sollen nach Seligmann[189]) nur-formelle sein. Diese Ansicht Seligmanns wird mit Recht allgemein abgelehnt[190]), da sie zu unmöglichen Ergebnissen führt. So würden Gesetze, die geltendes Gewohnheitsrecht oder verstreute Einzelvorschriften und Novellen kodifizieren, keine Rechtssätze, sondern nur Verwaltungsvorschriften enthalten. Solche Bestimmungen würden — als Nicht-Rechtssätze — nach herrschender Theorie und Praxis nicht der Revision nach § 337 StPO. und § 550 ZPO. unterliegen! Das Argument Seligmanns[189]), daß jeder neue Rechtssatz notwendigerweise zu einer Veränderung der bestehenden Rechtsordnung führe, vermag seine abweichende Theorie nicht zu stützen. Allerdings wird formell die Rechtsordnung durch Erlaß von neuen inhaltsgleichen Gesetzen in der Weise geändert, daß das jüngere Gesetz stets das ältere gleichlautende Gesetz überholt und aufhebt. Daß über diese formelle Änderung der Rechtsordnung hinaus mit begrifflicher Notwendigkeit auch der materielle Rechtszustand berührt werden soll, muß als eine recht willkürliche Annahme erscheinen. Da neue Gesetze häufig Bestimmungen aus den bisher geltenden Gesetzen wörtlich oder inhaltlich unverändert übernehmen, würde die Rechtsordnung aus unverhältnismäßig vielen Nichtrechtssätzen bestehen; die Rechtsordnung würde sich in

---

[189]) S. 144.
[190]) Gg. Jellinek, S. 241; Anschütz, Diss., S. 30/31.

einen Komplex von Verwaltungsakten auflösen. Daher muß es gleichgültig für den Begriff des materiellen Gesetzes sein, ob dieses einen neuen oder vorher schon geltenden Rechtssatz zum Ausdruck bringt.

Aus dem Zwecke der staatlichen Rechtssetzung, nämlich Gewährleistung eines geordneten Gemeinschaftslebens, folgt weiter, daß das Wesen des Rechtssatzes in dem Ausdruck eines Rechtsbefehls, eines Imperativs, bestehen muß. Denn die Beachtung und Befolgung der staatlichen Norm und demgemäß die Willensbeeinflussung aller derer, die es angeht, ist ohne Befehl undenkbar. Die Darstellung des Rechtssatzes als staatlichen Imperativ ist überwiegend anerkannt[191]), aber nicht unbestritten[192]). Gegen die „Imperativentheorie" wendet sich die „Urteilstheorie"; als deren Hauptvertreter ist Zitelmann anzusprechen, welcher erklärt:

„Rechtsnormen können ihrem Wesen nach niemals Imperative sein[193]).

„Das objektive Recht ist nur eine Reihe von Urteilen[194])."

Die Auffassung, daß das objektive Recht eine Ausdrucksform für ein Wert- oder Unwert-Urteil des Gesetzgebers sei, ist nicht beifallswert, weil sie dem Wesen und Bedeutung der Staatsgewalt nicht gerecht wird. Das Leben in einer Gemeinschaft wird nur durch Leistungen und Opfer ermöglicht, die jeder einzelne zu erbringen hat. Infolgedessen erreicht die Staatsgewalt ihren Verwaltungszweck nicht dadurch, daß sie ein „Urteil" über ein bestimmtes Verhalten der Gewaltunterworfenen abgibt, sondern nur dadurch, daß sie kraft ihrer Autorität ein solches Verhalten anordnet und Befolgung ihrer Befehle erwartet. Zitelmanns Meinung, die er übrigens später fast gänzlich aufgegeben hat[195]), ist vollends unhaltbar durch seine eigene Einschränkung, daß das Recht auf seiner ersten Entwicklungsstufe ein Imperativ gewesen sei, später aber zu einer reinen Urteilsnorm geworden sei[196]). Es ist nicht ersichtlich, warum Gesetz und Recht mit der kulturellen Entwicklung ihren Grundcharakter geändert haben sollen; vielmehr muß dieser immer unverändert derselbe geblieben sein, mag sich auch die Ausdrucksform der Normen verfeinert und verbessert haben.

Mit Zitelmann stimmt Wenzel insofern überein[197]), als auch er die Urteilsnorm für ein wesentliches Merkmal des Rechtssatzbegriffs und damit des materiellen Rechtssatzbegriffes hält, indem er erklärt[198]):

---

[191]) Thon, S. 8; H. v. Ferneck, § 9; Pagel, S. 72ff.; Zorn, Staatsverträge, S. 6; Seligmann, S. 46ff.; Bierling, I, S. 30; Hatschek, S. 6; Anschütz, Diss., S. 33, 36; Haenel, S. 140, 160; Enneccerus, S. 78/79.

[192]) So von Zitelmann und Wenzel.

[193]) S. 222.

[194]) S. 208.

[195]) Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 99, S. 4.

[196]) a. a. O. S. 201.

[197]) Grundprobleme, S. 32ff.

[198]) S. 35.

„Die Gesetzesgedanken sind Beurteilungsnormen." Neben den „Beurteilungsnormen" sollen die Rechtssätze als „imperativischen" Bestandteil sogenannte „Handlungsnormen" enthalten, welche

„ein äußeres Tun oder Lassen fordern ... und unbedingte Befolgung heischen[199])".

Den praktischen Wert seiner Theorie erblickt Wenzel darin, daß sowohl die herrschende reine Imperativentheorie[191]) als auch die Urteilstheorie Zitelmanns einseitig seien und daher nicht alle Rechtssätze umfassen könnten. Wenzel meint, jeder Rechtssatz enthalte eine Beurteilungsnorm, aber nicht immer einen Imperativ. Die Auffassung Wenzels, die im wesentlichen in einer Vereinigung der Imperativ- und Urteilstheorie besteht, beruht meines Erachtens auf einem grundsätzlichen Irrtum; denn sie verwechselt Motiv des Gesetzgebers und Inhalt des Rechtssatzes. Zwar ist das Wert- oder Unwert-Urteil des Gesetzgebers über gewisse Zustände und über das Verhalten seiner Untertanen oder einiger von ihnen Beweggrund für das Setzen einer Rechtsnorm; insoweit ist eine „Urteilstheorie" am Platze. Aber der Rechtssatz selbst verlangt in imperativer Form die Herstellung des vom Gesetzgeber gewollten Zustandes oder Verhaltens. Für das Wesen des Rechtssatzes ist daher lediglich das Vorhandensein eines Befehls von Erheblichkeit. Das Urteil des Gesetzgebers ist nur für die Entstehung der Norm entscheidend, nicht aber für den Bestand der Norm. Wenzels Ansicht[200]), die Norm solle ein Maßstab für den Betroffenen sein, an welchem er prüfen könne, ob der Gesetzgeber seine Handlungen billige, ist zu widersprechen; maßgeblich ist allein die Bestimmung des Rechtssatzes, ein äußeres Verhalten des von ihr Betroffenen zu erzielen. Die grundsätzliche Kritik Wenzels[197]) an der herrschenden Lehre[191]) ist daher nicht stichhaltig. Es bleibt noch zu untersuchen, ob die Imperativentheorie auch in Einzelfragen den Angriffen Wenzels standhalten kann. So sollen nach Wenzel[201]) die Handlungen eines Unzurechnungsfähigen und eines Tieres stets Gegenstand von Gesetzesurteilen sein, ohne daß an letztere ein Imperativ adressiert werden könne. Dieses Argument, das in den Ausführungen Wenzels[201]) eine große Rolle spielt, scheint auf einer ungenauen Auffassung von der Befehlsnatur des materiellen Gesetzes zu beruhen. Denn, wie wir früher sahen[202]), stellen die Rechtssätze nicht konkrete Gebote oder Verbote an bestimmte Personen dar; vielmehr treten sie in abstrakter, genereller Formulierung auf, so daß von einer Aufnahme und Befolgung der Norm nicht einmal seitens aller „Tauglichen" gerechnet werden kann[203]). Wenn auch zugegeben werden muß, daß ein Tier ein völlig untauglicher Adressat eines Imperativs ist, so muß aber auch festgestellt werden, daß eine Tier-

---

[199]) S. 36.
[200]) S. 34 (Grundprobleme).
[201]) S. 44ff., 73ff.
[202]) § 6 S. 62–66.
[203]) Richtig: Pagel, S. 72.

tat nicht Gegenstand gesetzgeberischer Beurteilung sein kann; denn sie ist weder gesetzmäßig, noch gesetzwidrig, sondern rechtlich indifferent. Weil ein Tier keinen „rechtswidrigen“ Angriff machen kann, so kann man sich ihm gegenüber auch nicht in Notwehr (§ 53 StGB.), sondern nur im Notstand (§ 54 StGB.) befinden[204]). Tiere kommen also weder für Imperative noch für Beurteilungsnormen in Betracht. Anders ist die Rechtslage bezüglich der Handlungen Unzurechnungsfähiger. Diese Menschen sind nicht nur Gegenstand der Beurteilung des Gesetzgebers, sondern auch, was Wenzel verkennt[201]); betroffen vom staatlichen Imperativ[205]). Daß sie den Gesetzesbefehl verstehen oder gar ausführen, ist für den Rechtssatzbegriff nicht wesentlich. Aber daß der Imperativ auch an Unzurechnungsfähige gerichtet sein kann und daß der Staat Befolgung seiner Rechtssätze auch von ihnen verlangt, ergibt sich deutlich aus der Androhung von Rechtsnachteilen für den Fall der Nichtbefolgung seiner Anordnungen. So können sie im Rahmen des § 829 BGB. Vermögenseinbußen erleiden und auf Grund des § 14 PVG. u. a. Bestimmungen ihre Freiheit verlieren, wenn sie das staatliche Verbot der Verletzung von Leben, Gesundheit, Eigentum dritter Personen[206]) mißachten. Und wenn Wenzel[207]) gar die Verpflichtungen der „untauglichen Adressaten“ in solche ihrer „tauglichen gesetzlichen Vertreter“ umdeuten will, so gerät er mit dem allgemeinen Grundsatz in Widerspruch, daß auch unzurechnungsfähige Personen rechts- und parteifähig sind (§ 1 BGB., § 50 I ZPO.). Weiterhin sucht Wenzel[208]) die Unzulänglichkeit der Imperativen-Theorie mit der Tatsache zu begründen, daß es außer Geboten und Verboten auch rechtliche Gewährungen und Gestattungen gäbe, von denen man Gebrauch machen könne, aber nicht müsse. Ganz abgesehen davon, daß nicht jede Erlaubnis ein Rechtssatz ist[209]), muß beachtet werden, daß die Rechtsfigur der Erlaubnis oder der Gewährung sich mit der Imperativen-Theorie sehr wohl vertragen kann. Denn eine Erlaubnis zugunsten des einen Rechtssubjekts wird nur durch die einer anderen Person anbefohlene Beschränkung ermöglicht; mit anderen Worten: die Erlaubnis ist nur die Kehrseite des Imperativs. Wenn z. B. § 229 BGB. dem „Selbsthelfer“ unter bestimmten Voraussetzungen gestattet, eine fremde Sache wegzunehmen oder eine andere Person festzunehmen, so liegt in dieser Erlaubnis zugleich ein Befehl an den anderen, die Einwirkung auf sein Eigentum und seine Freiheit zu dulden. Wenn § 958 BGB. die Aneignung einer herrenlosen Sache gestattet, so begründet dieser Paragraph zugleich die Verpflichtung eines jeden Dritten sowie der Behörden, die Rechtsstellung des Aneigners zu achten. Gesetzestechnische Gründe haben vielfach den Gesetzgeber, besonders auf dem Gebiete

---

[204]) Zustimmend: v. Liszt-Schmidt, S. 195 Anm. 4 u. Zit.
[205]) Zustimmend: Enneccerus, S. 79 Anm. 10.
[206]) §§ 823 BGB. 211ff., 230, 303 StGB.
[207]) a. a. O. S. 53.
[208]) S. 79ff., 93ff. a. a. O.
[209]) Vgl. H. v. Ferneck, S. 281.

des Privatrechts, veranlaßt, unmittelbar nur Erlaubnisse und Gewährungen zum Ausdruck bringen. Sobald aber auf Grund der Erlaubnis der betreffende Tatbestand verwirklicht ist, kommt der staatliche Imperativ zur Geltung allen denen gegenüber, die die Rechtslage des von der Erlaubnis Begünstigten beeinträchtigen könnten. Wir haben es also mit „Eventualimperativen[210])" zu tun, die erst durch Verknüpfung mit einem anderen Tatbestand ihre Befehlsnatur erkennen lassen. Zur richtigen Erkenntnis vom Wesen des Rechtssatzes gelangt man nicht durch eine isolierte Betrachtungsweise einer einzelnen Vorschrift, sondern durch Berücksichtigung des gesetzlichen Zusammenhangs. So erscheinen auf den ersten Blick gesetzliche Begriffsbestimmungen (Definitionen) nicht als Imperative, sondern als wissenschaftliche Äußerungen des Gesetzgebers. Aber man muß in Betracht ziehen, daß gesetzlichen Definitionen nur im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen Bedeutung zukommt. Ein Beispiel möge das zeigen: § 823 I BGB. verbietet die Verletzung gewisser Rechtsgüter und droht demjenigen, der fahrlässig zuwiderhandelt, Nachteile an (Verpflichtung zum Schadensersatz). § 276 I S. 2 definiert den Begriff: „Fahrlässigkeit". Wer die beiden Paragraphen losgelöst vom Gesetz prüft, wird nur dem § 823 „imperativischen" Charakter zuschreiben, nicht aber § 276. Und dennoch handelt es sich bei b e i d e n Bestimmungen um Befehlsnormen und infolgedessen um Gesetze im materiellen (und formellen) Sinn, weil sie einander ergänzen. Statt den einheitlichen Rechtsgedanken in zwei Paragraphen zu zerlegen, hätte der Gesetzgeber erklären können: Wer „unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" — § 276 — . . . „das Leben usw. verletzt" — § 823 —, ist . . . verpflichtet. Diese Beispiele zeigen, daß die Rechtssätze nicht immer klar und deutlich ihre Befehlsnatur erkennen lassen. Aber eine richtige Auslegung wird stets zu dem Ziele führen, daß jeder Rechtssatz und damit jedes Gesetz im materiellen Sinne einen Imperativ zum wesentlichen Bestandteil hat.

Entsprechend dem staatlichen Rechtsetzungszweck bewirken die im materiellen Gesetz enthaltenen Imperative eine Setzung von „Schranken für die Willensbetätigung der Untertanen[211])" und des Staates selber. Gewöhnlich werden materielle Gesetze in Freiheit und Eigentum der staatsunterworfenen Personen eingreifen. Dennoch ist es zwar nicht gerade unrichtig, aber doch ungenau, wenn man mit der Formel: „Eingriff in Freiheit und Eigentum" das Wesen des Rechtssatzes erschöpfen zu können glaubt[212]). Diese Auffassung, die auch in älteren Rechtsquellen eine Stütze findet[213]), beruht auf den politischen Forderungen des Liberalismus, der aus Mißtrauen gegenüber der Verwaltungstätigkeit

[210]) Elster, S. 716.

[211]) Vgl. Hatschek, S. 5; Gg. Jellinek, S. 214/215; Anschütz, Diss., S. 36; Klöppel, S. 180.

[212]) So: Thoma, S. 223; Anschütz, Gesetz, S. 214.

[213]) § 4 der Kgl. Vo. vom 22. 5. 1815, Ges.-S. S. 103.

in erster Linie die Sicherung des Vermögens und der persönlichen Freiheit der Staatsbürger vor Zugriffen des Staates wünschte. Selbst, wenn man als Inhalt des materiellen Gesetzes die Beschränkung von Eigentum und Freiheit „im weitesten Sinne[214])" auffaßt, so ist eine wissenschaftlich-exakte Formulierung nicht gefunden. So brauchen z. B. reine Ehrenstrafen weder auf die Vermögens- noch auf die Freiheitssphäre des Betroffenen nachteilig einzuwirken; und doch hätten solche Strafbestimmungen den Charakter von Rechtssätzen. Man wird daher, um allen Rechtssätzen gerecht zu werden, das Wesen des in jedem materiellen Gesetze enthaltenen Imperative in der „sozialen Schrankenziehung[215])" erblicken müssen oder in der „Willensabgrenzung[216])" zwischen den staatsunterworfenen Rechtssubjekten untereinander und dem Staate gegenüber.

Zum Begriff des materiellen Gesetzes gehört die verbindliche Anordnung eines Rechtssatzes. Es ist nicht begriffswesentlich, daß diese „Anordnung" tatsächlich befolgt wird, wenn auch ein gesundes Gemeinwesen nach Möglichkeit die Beachtung seiner Gebote durchsetzen wird. Es ist nicht einmal unerläßliche Voraussetzung, daß den Rechtssätzen durch organisierten Zwang Geltung verschafft wird. Ihering[217]) meinte freilich, daß Normen erst dann als „Rechtssätze" angesprochen werden könnten, „wenn sich das äußere Moment des staatlichen Zwanges hinzugesellt". „Recht" ist nach Ihering[217]):

„der Inbegriff der in einem Staate geltenden Zwangsnormen".

Richtig ist an der Auffassung Iherings, daß alle Rechtssätze, da sie auf der Autorität der staatlichen Gemeinschaft beruhen, geeignet sind, in ihrem Sinne die Willensbestimmung der Normadressaten zu beeinflussen; und meistens wird auch die Beachtung und Befolgung der Rechtssätze durch Zwangsmaßregeln gesichert. Aber das geltende Recht kennt eine Reihe von Vorschriften, die die Eigenschaft eines Rechtssatzes ohne äußeren Zwangsschutz haben. So fehlt den Normen des Völkerrechts jeglicher organisierte Zwangsschutz, wenn man von den wenig hoffnungsvollen Ansätzen zur Bildung überstaatlicher Machtträger (Völkerbund) absieht. Die Durchsetzung des Völkerrechts, welches nach beinahe allgemeiner, auch von Ihering[217]) anerkannter Auffassung ein Inbegriff von Rechtssätzen, nicht von Normen der Sitte oder Moral ist, geschieht äußerstenfalls durch Selbsthilfe der Völkerrechtssubjekte. Ihering[217]) erkennt an, daß für die Völkerrechtssätze die Zwangstheorie versagt, will sie aber mit dem Hinweis retten, daß die Zwangsorganisation ausnahmsweise auf völkerrechtlichem Gebiet durch die unorganisierte Selbsthilfe, also ebenfalls ein Zwangsmittel, ersetzt werde. Wenn man auch Iherings Begründung für die zwangsweise Durchsetzung der Völkerrechtssätze gelten läßt, so lassen sich vereinzelte Fälle von nicht erzwingbaren Rechts-

---

[214]) Thoma, S. 223; Anschütz, Ges., S. 214.
[215]) Anschütz, Diss., S. 36.
[216]) Hatschek, S. 5; ähnlich auch: Gg. Jellinek, S. 214.
[217]) S. 320ff.

geboten anführen. So kann nach § 888 II ZPO. die Verpflichtung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Dienstverträgen nicht im Wege der Zwangsvollstreckung verwirklicht werden, obwohl die Bestimmungen, aus welchen sich die genannten Verpflichtungen ergeben, (z. B. §§ 1353 I, 611 I BGB.), unzweifelhaft Rechtssätze sind. Bierling[218]) hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die in den Verfassungsbestimmungen enthaltenen staatsrechtlichen Verpflichtungen der höchsten Staatsorgane des Zwangsschutzes gänzlich entbehren. In manchen Fällen muß der Gesetzgeber damit rechnen, daß der Rechtsbefehl als solcher, ohne daß äußerer Zwang hinter ihm steht, zur Willensbeugung der Adressaten ausreicht. Weiterhin paßt die Zwangstheorie auch nur auf die Verhältnisse der machtvollen Staaten, die ihre Normen durch Zwang verwirklichen können, nicht aber auf die schwachen und zerrütteten Gemeinwesen, denen die Mittel zur Durchführung ihrer Rechtssätze fehlen. Die Befürchtung Iherings[219]), daß mit der Aufgabe der Zwangstheorie das Unterscheidungsmerkmal zwischen den Normen des Rechts und denen der Sitte und Moral aufgegeben werde, ist nicht gerechtfertigt; denn die Normen des Rechts unterscheiden sich von den übrigen Normen durch ihre stärkere Kraft, da sie ohne Rücksicht auf die Willensentscheidung der Adressaten verpflichtende Wirkung haben[220]). Zur Unterscheidung der verschiedenen Normengebiete bedarf es also nicht der Zwangstheorie. Schließlich muß, worauf Kelsen[221]) treffend hinweist, beachtet werden, daß „Zwang" vielfach den Rechtsverletzer zur Befolgung der staatlichen Gebote nicht veranlassen kann, da ein getanes Unrecht nicht nachträglich ungeschehen gemacht, sondern höchstens Ersatz für die Interessenverletzung geleistet werden kann. Denn wenn z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung der Gläubiger befriedigt wird, so wird der rechtssatzgemäße Zustand nicht durch ein (zwangsweise durchgesetztes) Verhalten des Schuldners, sondern durch eine Tätigkeit des Staates herbeigeführt! Auf Grund dieser Erwägungen wird man sich der herrschenden Lehre[222]) anschließen müssen, daß der Zwangsschutz kein notwendiges („essentielles"), sondern nur ein gewöhnlich vorhandenes („akzidentelles") Merkmal des Rechtssatz- und materiellen Gesetzesbegriffs ist.

Die Ergebnisse der Ausführungen, die im § 6 über die begrifflichen Erfordernisse des materiellen Gesetzes gemacht wurden, sollen in folgender Definition zusammengefaßt werden:

> Gesetz im materiellen Sinne ist jede, einer beliebigen Rechtsquelle entstammende, allgemein-verbindliche, nicht für Einzelfälle gedachte Bestimmung von rechtlicher Tragweite, die eine soziale Schrankenziehung bezweckt und regelmäßig zwangsweise durchgesetzt werden kann.

218) Bd. I, S. 52.
219) S. 325.
220) So die herrschende Lehre; Enneccerus, S. 80ff. u. Zit.
221) S. 213ff.
222) Bierling, I, S. 52; Thon, S. 7ff.; Enneccerus, S. 82.

Lebenslauf

Am 17. Januar 1912 wurde ich, Werner Oberläuter, als Sohn des jetzigen Verwaltungs-Oberinspektors Wilhelm Oberläuter und seiner Ehefrau Mathilde, geb. Paul, zu Koblenz geboren. Nach dreijährigem Besuch der Vorschule und neunjährigem Besuch des humanistischen Gymnasiums zu Koblenz bestand ich daselbst am 6. März 1930 die Reifeprüfung mit „Gut". Danach studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft, und zwar sechs Semester in Marburg (Lahn), ein Semester in Frankfurt (Main). Am 4. November 1933 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die Referendarprüfung „vollbefriedigend", am 31. Januar 1934 vor einer hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg (Lahn) die Doktorprüfung „cum laude". Am 28. Dezember 1933 wurde ich von dem Herrn Oberlandesgerichtspräsidenten zu Köln zum Referendar ernannt. Als solcher bin ich seit 2. Januar 1934 beim Amtsgericht Andernach (Rhein) tätig.